

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

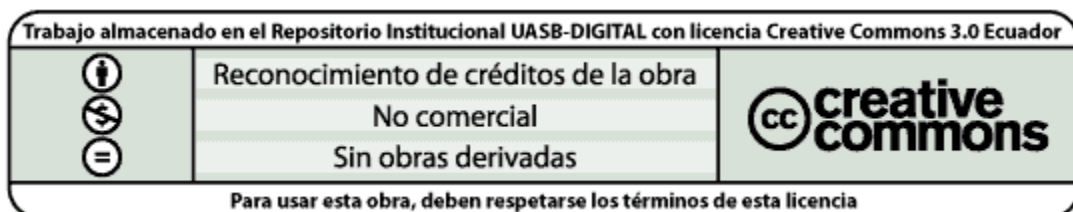
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

**Igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana
del 2008**

Amilcar Alexander Barahona Néjer

2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Amilcar Alexander Barahona Néjer, autor de la tesis intitulada “*Igualdad Familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana del 2008*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho mención Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 03 de septiembre del 2015.

Firma:

Ab. Alexander Barahona Néjer.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA
DERECHO

PROGRAMA
MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN
DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO
IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO EN LA
CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008

NOMBRE
BARAHONA NÉJER AMILCAR
ALEXANDER

TUTOR
DR. MARCO NAVAS
ALVEAR

LUGAR DE REALIZACIÓN DE LA TESIS
QUITO – ECUADOR

AÑO DE PRESENTACIÓN
2015

RESUMEN

El presente trabajo investigativo evidencia la actual problemática de las personas gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales en Ecuador; fundamentalmente en relación al goce y garantía de los derechos y libertades constitucionales de familia y matrimonio; instituciones en constante evolución que deben ser tuteladas desde una visión progresiva y bajo los principios de igualdad e igualdad no discriminación, concebidos como pilar fundamental de las democracias y normas *jus cogens*.

En tal virtud, el primer capítulo se desarrolla una discusión sobre la igualdad, familia y matrimonio, desde la doctrina y el derecho comparado. De igual forma se analiza al matrimonio como figura contractual a la cual las parejas deben acceder independientemente de la orientación sexual e identidad de género. Evidenciamos, que el derecho como agente regulador de una cultura heteropatriarcal, debe cambiar de enfoque para garantizar la igualdad, no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad

Posterior a ello, en el segundo capítulo se expone el reconocimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en torno a la igualdad, familia y matrimonio. Finalmente, en el tercer capítulo, se analiza la regulación constitucional de la familia y matrimonio, desde su concepción por el constituyente hasta la interpretación integral de la Constitución. En dicho capítulo se demuestra que una lectura constitucional desde la dignidad e igualdad y no discriminación como principios constitucionales, facultan al legislativo o al intérprete de la Constitución, el garantizar el matrimonio entre personas del mismo sexo; procurando en tal forma, la materialización de la justicia constitucional, e impidiendo que operadores judiciales vulneren derechos de un colectivo que exige ser igual en capacidad y derechos.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi padre celestial quien inspiró cada una de estas líneas y me permite luchar por una sociedad más justa e igualitaria. De igual forma a la Santísima Virgen María, por enseñarme que el amor divino no tiene prejuicios ni requisitos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres y hermana, familia que me enseñó a ser libre y estar en permanente aprendizaje, su apoyo da como resultado todo logro que pueda concretar.

A mi tutor de tesis, Marco Navas, por su compromiso y amistad, gracias a las cuales se materializó exitosamente el presente trabajo investigativo, hacia el mi eterno agradecimiento. De igual forma, a Tatiana Ordeñana Sierra, por su apoyo y enseñanza sobre la familia y la dignidad que dicho núcleo posee.

Al área de derecho de la UASB, mis profesores y compañeros, por permitirme ser parte de una experiencia enriquecedora, llena de conocimientos y valores humanos.

Finalmente a todos quienes me enseñaron que luchar por los derechos humanos es una misión que todo profesional del derecho debe asumir, especialmente para con aquellos colectivos que aspiran encontrar en el derecho una protección a los abusos e injusticias sociales.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTOS.....	6
TABLA DE CONTENIDO.....	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO PRIMERO	10
IGUALDAD, FAMILIA Y MATRIMONIO EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO COMPARADO.	10
1.1. Delimitación conceptual de la familia y matrimonio:	11
1.1.1. Visión histórica del concepto de familia como institución jurídica.-	11
1.1.2. Familia y género.-	14
1.1.3. La Familia y sus definiciones contemporáneas.-	19
1.1.3.1. Uniones homoafectivas y homoparentales.-	21
1.2. El Matrimonio, evolución y definición.-	25
1.2.1. Matrimonio, Libre desarrollo de la Personalidad e Igualdad y no Discriminación.-	34
1.3. Análisis de Legalización del matrimonio entre personas GLTB en perspectiva internacional:	44
1.3.1. Estados en los que la Constitución no regula el matrimonio.-	45
1.3.2. Estados cuyas constituciones regulan el matrimonio.-	50
CAPITULO II	56
IGUALDAD FAMILIA Y MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	56
2.1. Igualdad y No Discriminación en el DIDH:	58
2.1.1. Orientación sexual e igualdad y no discriminación en el sistema universal y europeo de derechos humanos.-	58
2.1.2. Orientación sexual e igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.-	65
2.2. La familia en el derecho internacional de los derechos humanos	72

2.2.1.	La familia en el Sistema Universal y Europeo de Derechos Humanos.-.....	72
2.2.2.	La familia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-	75
2.3.	Matrimonio GLBTI y el Derecho Internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana:	78
CAPITULO III.....		86
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES PARA UNA CONCEPCIÓN IGUALITARIA DEL MATRIMONIO HACIA UNA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA		86
3.1.	Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Ordenamiento Jurídico Interno:	86
3.1.1.	Obligaciones de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.-.....	89
3.2.	Derechos de libertad: igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana:	93
3.2.1.	El colectivo GLBTI y el reconocimiento de sus derechos humanos.-	93
3.2.2.	Igualdad y matrimonio, una mirada desde la aplicación e interpretación constitucional.-	107
3.3.	Matrimonio igualitario, una lucha por los derechos constitucionales en la justicia ecuatoriana:	116
CONCLUSIONES FINALES.....		128
BIBLIOGRAFÍA		133

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo fundamental de la persona en su desarrollo como ente social, político y afectivo; son pues, los lazos que fortalecen la dignidad humana en tanto provee una razón para la determinación autónoma y colectiva de las personas. La institución y fenómeno social conocido como familia, es dinámica, su desarrollo se explica en el sentido mismo de evolución humana y el goce efectivo de los derechos humanos, conquistados gracias a reivindicaciones históricas frente a hegemonías excluyentes, denigrantes, y con enfoque de discriminación de género y orientación sexual.

Es así que la historia de la humanidad nos demuestra que han sido los movimientos humanos los que han luchado por el respeto de la dignidad, igualdad, libertad y demás facultades jurídicas inherentes a su integridad. Por tal motivo en el primer capítulo, el presente trabajo desarrolla la igualdad familia y matrimonio a la luz de la evolución histórica, la doctrina y el derecho comparado, en dicho capítulo se podrá evidenciar que los sistemas jurídicos son profundamente discriminatorios en cuanto a los derechos de las diversidades sexuales y de género.

En el segundo capítulo se desarrolló los estándares internacionales de derechos humanos en relación a la igualdad, familia y matrimonio, en relación a grupos GLBTI: Así pues, dicho análisis nos brinda elementos importantes para la adecuada protección de derechos en sistemas heteropatriarcales y androcéntricos, que sin duda servirán como herramientas para la academia, sociedad, y operadores de justicia constitucional.

Finalmente en el tercer capítulo analizaremos la realidad jurídica ecuatoriana, entendiendo que el Estado tiene como reto proteger la familia, igualdad y matrimonio para crear sociedades más justas, equitativas, en las que ninguna persona tenga miedo o se encuentre limitada legalmente de demostrar su afecto por otra y que este afecto en un hogar sea garantizado por un contrato matrimonial, al igual que el resto de ciudadanos en el Ecuador.

Por tal motivo, la presente investigación analiza la familia, la igualdad, el matrimonio, a la luz de los derechos; proponiendo un debate jurídico social, internacional y constitucional, para demostrar que la igualdad es vital en sociedades democráticas que protegen la dignidad y el buen vivir.

CAPITULO PRIMERO

Igualdad, Familia y Matrimonio en la Doctrina y el Derecho Comparado.

Este capítulo tiene como finalidad demostrar que las instituciones de familia y matrimonio son dinámicas y evolucionan constantemente, adquiriendo nuevas formas en cuanto a sus integrantes y desarrollo; prueba de ello son los núcleos familiares constituidos por personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero y transexuales (GLBTI), históricamente discriminadas, en busca de igualdad y garantía de derechos, como son la libertad e igualdad, en relación al contrato matrimonial como forma jurídica de constitución familiar.

Así también, daremos cuenta que el derecho es un instrumento que favoreció una visión heterosexual del género; impidiendo así, el efectivo goce de los derechos de las personas GLTBI. Por tal razón, en principio se abordará la delimitación conceptual de la familia y matrimonio, desde una visión histórica general, para luego asociar a dicha institución con la formación cultural del género, tratar sus definiciones y las uniones homoafectivas desde la doctrina y el derecho comparado. Como segundo punto, analizaremos al matrimonio, su definición y elementos; y cómo dicha institución es ejercida desde la igualdad, y libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, expondremos varios ejemplos de cómo en diferentes países se consagró el matrimonio igualitario desde la Constitución y la ley.

1.1.Delimitación conceptual de la familia y matrimonio:

1.1.1. *Visión histórica del concepto de familia como institución jurídica.-*

Ciertamente, al hablar de familia nos referimos a una diversidad de aspectos de orden histórico, social, político y jurídico, que dan cuenta cómo a través del tiempo dicha institución ha evolucionado, pero, a la vez conserva determinados elementos que le permiten ser el núcleo indispensable de formación personal y social; y ello debido a que la familia es el grupo primario de pertenencia de los individuos, que en cuanto a entidad viva, permite el establecimiento de relaciones dinámicas de sus miembros entre sí y para con otros, permitiendo –históricamente hablando- la conformación de la sociedad y el Estado¹.

En su concepción tradicional, la familia se conforma por la pareja y su descendencia². Así pues, en la antigüedad la familia se originó por un “rito” hoy conocido como matrimonio, que permitía la unión entre varios grupos de personas de carácter matriarcal³, posterior a ello, el desarrollo de las sociedades hicieron que el hombre tomara un rol decisivo en la familia y el matrimonio.

Tanto en Grecia y posteriormente en Roma, la familia poseía fundamentalmente una importancia política⁴, su regulación normativa fue amplia -XII tablas, y el código de Justiniano- y se habló de dos clases de relaciones: la primera referente a la función social (patrimonio/reproducción) a la que los romanos llamaban familia en estricto sentido; y la

¹Marta Rodríguez, “La ONU y su Familia” *Blog*, 18 octubre 2000, <http://www.mujernueva.org/articulos/articulop.phtml?id=31>.

² *Ibíd.*

³ Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2ª ed. (México: Editores mexicanos Unidos, 1981), 47.

⁴ Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid, España: Instituto Editorial Reus, 1965),144.

segunda en referencia a lo que es la familia natural -núcleo de valores-, para la cual los romanos no tuvieron nombre⁵.

El ejercicio de la autoridad en la familia (*potestas*) recaía en una sola persona “*pater familia*” que dirigía el grupo humano conformado por la pareja (muje unión matrimonial), su descendencia, los clientes -grupos de personas sujetas al *pater familia* por una deuda generalmente vitalicia-, y sus esclavos, todos ellos llamados “*personae alieni iuris*”⁶ (sujetas al poder de otro). Este modelo jurídico y social refleja una sociedad en la cual el hombre poseía el control absoluto de lo público y lo privado; a tal punto que por ejemplo, su esposa era considerada su propiedad, así como sus hijos, quienes debían emanciparse o esperar la muerte de éste para poder fundar una familia. Dicha sociedad consideró al hombre como el único con autoridad y capacidad para crear derecho, de allí que las normas de éste sistema - que más tarde se reproduciría por todo occidente- reproducen una visión androcéntrica⁷.

Posteriormente, se produjeron varios cambios sociales que originaron nuevos regímenes políticos y jurídicos en los cuales la religión fue un poder hegemónico de la edad media; consecuencia de ello, cambió la esencia política de la familia y el matrimonio a un carácter religioso en la que se explicó dichas instituciones como naturales y consecuentes, es decir, familia es la unión matrimonial entre un hombre y una mujer⁸ mediando su pleno consentimiento y con el fin de procrear⁹.

⁵ Ibíd., 181.

⁶ Ibíd.

⁷ Judith Salgado, *Manual de formación en género y derechos humanos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013), 93.

⁸ El Vaticano, *Código de Derecho Canónico*, canon 1055.

⁹ Ibíd., canon 226.

La Revolución Francesa y el posterior reconocimiento de los derechos humanos, fundamentalmente de libertad y ciudadanía, en los Estados legalistas de occidente, evidenciaron la necesidad de un cambio de dicho paradigma para pasar de modelos jurídicos de derecho a Estados sociales o de bienestar. Sin embargo, la estructura familiar-nuclear y canónica se mantuvo, reafirmando la división de roles hombre/mujer que se consagró en el código napoleónico, y que luego se inscribió desde la colonia en algunas sociedades de América Latina, misma que fue reforzada en las repúblicas liberales o dictaduras de la región¹⁰.

Posterior a la segunda pos guerra, con la formación de las Naciones Unidas el constitucionalismo se reforzó con un enfoque de derechos fundamentales, reconociendo en tal virtud, a la familia y matrimonio como uno de ellos. Dicho reconocimiento, como se verá más adelante, reproduce el enfoque hegemónico (patriarcal-androcéntrico) de familia permitiendo el apareamiento de conflictos jurídicos para con formas familiares diferentes a la nuclear/heterosexual.

Entonces este modelo normativo rigió por varios siglos en occidente, la unión matrimonial entre personas de distinto sexo, con vocación de procreación, continuó siendo el núcleo esencial de las dos instituciones, por lo que se explica que no existieron cambios relevantes en cuanto a la esencia familiar y matrimonial.

Así, la familia fue cultural y legalmente consagrada como “una estructura social funcionalmente, autosuficiente, organizada en torno a la división de las tareas; a la

¹⁰ Patricia Uribe “Familias monoparentales con jefatura femenina, una de las expresiones de las familias contemporáneas”. En revista Tendencia y Retos N.º 12 (Colombia: Universidad de La Salle, 2007), 83.

producción de un lado, y, a la reproducción -cultural y física- de otro”¹¹. Se observa entonces la consagración de roles hombre-mujer que determinarán a futuro el enfoque social, jurídico y político de los sexos y el género.

Por lo expuesto, “el modelo de familia... no es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado”¹², misma que va cambiando sus consideraciones jurídicas en virtud de las necesidades y la conquista de los derechos; pues si bien, la tradición constitucionaliza, la modernidad transforma¹³, en especial tan delicada institución cuya dinámica responde al mismo evolucionar de las personas y las sociedades. Por tal razón, “hablar de familia es, ciertamente, hablar de evolución; la familia es una de las figuras sociológica y jurídicamente más versátiles e idiosincráticas de la historia de la humanidad”¹⁴.

Dicho lo cual, intentaremos encontrar una definición de familia, lo más cercana posible a los nuevos parámetros sociales occidentales una que de razón de la realidad de nuestros pueblos, que conjugue los derechos de las personas y refleje su esencia.

1.1.2. Familia y género.-

En este contexto, es importante anotar que la familia como unidad de la sociedad, no solo comporta aspectos externos tratados desde lo público y el derecho, sino que existen fuertes paradigmas que determinan internamente su desarrollo, como es el

¹¹ Blanca Rodríguez, “Matrimonio, género y familia en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (enero-abril 2001): 70.

¹² Rosario Valpuesta, “Protección constitucional de la familia”, *Foro: Revista de derecho*, 5 (II semestre 2005):2.

¹³ Juan Antonio Martínez Muñoz, *Familia y Derecho*. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado* (México: Porrúa, 2012), 3.

¹⁴ Rodríguez, “Matrimonio, género y familia en la Constitución Española”, 69.

heteropatriarcado¹⁵; es decir, un modelo de familia conformada por hombre, mujer e hijos con sus respectivos roles de género.

Según Alda Facio y Lorena Fries, “el patriarcado es un sistema histórico de dominación de lo masculino a lo femenino en el que se subordina y se priva a quienes se les atribuye características femeninas del acceso al ejercicio de derechos”¹⁶, a lo que se añade el enfoque heterosexual como supuesto canónico de naturalidad, excluyendo realidades diversas de personas que desarrollan una diferente identidad de género y orientación sexual; pues el derecho continúa siendo desarrollado desde la visión heterosexual respondiendo a un paradigma hegemónico.

Por tanto, desde esta perspectiva, una familia ideal será en la que el hombre trabaje y sea la autoridad principal, la mujer sea madre y de preferencia se dedique a las labores del hogar y cuidado de los hijos; un hijo o hija, que dependiendo de su sexo desarrolle un género previamente determinado, por ejemplo, si es niña deberá desarrollar un carácter delicado, sentimental, aprender las labores domésticas y orientarse a la procreación y cuidado de la familia; si es hombre deberá ser fuerte, alejado de expresar sus emociones y cuidar de la manutención del hogar. Características que se refuerzan con el pasar de los años de manera inconsciente, siguiendo los parámetros de conducta establecidos en el hogar, escuela, y círculos sociales.

Según Ramiro Ávila, encontramos a esta familia como modelo referencial “en las propagandas ... en el ideal de sagrada familia de la biblia, en la regulación del código civil y

¹⁵ Rafael Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano” (tesis de maestría: Universidad Andina Simón Bolívar, 2006), 16.

¹⁶ Ramiro Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, Revista Umbral, 2 (II semestre 2012): 141.

en las formas cotidianas de aprendizaje”¹⁷, consolidando así “la imagen del ser humano a la que toda persona, hombre y mujer, niño o niña, tiene que aproximarse lo más posible si es que quiere tener éxito”¹⁸; es pues, un sistema en el cual, lo que no esté dentro del parámetro heterosexual debe ser catalogado como extraño, peligroso y digno de rechazo.

Entonces, si analizamos la familia en un contexto legal y social podemos afirmar que la legitimidad y valoración recae en mayor medida en que “el ideal de familia con el que crecimos es uno en el que el papá proveía en lo económico y mamá en lo emocional, papá era de la calle y mamá del hogar”¹⁹. Lo anterior no quiere decir que todos los hombres son fuertes, agresivos y racionales o que se destinan a formar una familia y dominar su núcleo; ni que todas las mujeres son débiles, dulces intuitivas y sumisas a la autoridad masculina; sino que esas son las características que conforman aún el ideal de lo masculino y femenino en la Latinoamérica del siglo XX²⁰.

Así, el sistema patriarcal, afectó a todos los miembros de la sociedad, a las mujeres al ubicarlas en un plano de inferioridad en la mayoría de los ámbitos de la vida; a los hombres al limitar su libre desarrollo y obligarlos a adecuarse a los parámetros de masculinidad²¹, a los niños al educarlos con principios discriminatorios; a gays, lesbianas, transgénero e intersexuales por considerarlos como personas enfermas y destinadas a la clandestinidad; y, a núcleos familiares homoafectivos, por ser considerados como extraños, peligrosos y sin reconocimiento por parte del Estado.

¹⁷Ibíd., 140.

¹⁸ Ibíd., 147.

¹⁹ Ibíd., 52.

²⁰ Ibíd., 33.

²¹ Ibíd., 23

La familia entonces, como primer espacio de desarrollo humano, contribuye de manera decisiva a la asimilación y reproducción del género, pues es allí donde las personas tienen su primer contacto con lo externo y forjan su manera de ser, ver y actuar. Muchos son los casos cuando sus miembros se reprimen y frustran por presentar un género socialmente no concebido como acorde a su sexo.

Por ello, debemos puntualizar que el sexo responde a un hecho biológico de las diferencias genéticas entre hombre y mujer²²; el género por su parte es una construcción social de las identidades, funciones y atributos del hombre y mujer; la orientación sexual refiere a la capacidad de cada persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual hacia personas de igual o diferente identidad sexual (homosexual, bisexual, heterosexual); la identidad de género a su vez, radica en la concepción íntima que cada persona tiene del género, que puede o no corresponder con el sexo biológicamente asignado, incluso puede llevar a intervenciones médicas a fin de que el cuerpo se adecue al género de la persona, sus variantes son la intersexualidad, transgénerismo y transexualismo.

En esta misma línea, Gibrán Casteñeda sostiene que “género es el aparato a través del cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino junto con las formas psíquicas y performativas que el género asume”²³. Asimismo, Stoller afirma que el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con lo sexos pero que no tiene una base biológica”²⁴.

²² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Orientación sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, s.f.: 2-3, <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>>.

²³ Gibrán Casteñeda de la Cruz, *Familia y Sistemas de Parentesco*, 70.

²⁴ Alda Facio, *Feminismo, género y patriarcado*, (Santiago: LOM Ediciones, 1999), 31.

Desde otro enfoque, Michael Foucault desarrolló la idea que “el ‘sexo’ no existe con anterioridad a su determinación dentro de un discurso en el cual sus constelaciones de significados se especifican, y que por lo tanto, los cuerpos no tienen ‘sexo’ por fuera de los discursos en los cuales se les designa como sexuado”²⁵. De esta manera el autor es aún más enfático al mencionar que los conceptos y definiciones de sexo y género son construcciones sociales y del poder que los usa para crear un discurso (heterosexual) legítimo y mantener una idea estática e inmutable de los roles que las personas deben mantener en su desarrollo social y familiar²⁶, a fin de cuidar del orden público y no amenazar con destruir los valores (heteropatriarcales) en los cuales la familia y la sociedad se han cimentado.

Frente a ello, en las últimas décadas los movimientos feministas y de las identidades sexo genéricas, lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales e intersexuales han luchado para que se produzca un cambio cultural y se entienda, que los conceptos de sexo, identidad de género y orientación sexual, no implica siempre una dualidad (hombre-mujer) en el marco de la heterosexualidad, sino una diversidad de concebir el cuerpo y la sexualidad.

Como se apuntó anteriormente, el derecho mediante regulaciones normativas ha ido imponiendo un discurso oficial de concebir la familia y el género²⁷. Sin embargo, el desarrollo de los derechos ha permitido que, por ejemplo, las mujeres pasen de ser propiedad del hombre para convertirse en sujetos plenos de derecho; así como la sexualidad, pasó de ser un tabú a ser algo regulado y abierto al plano educativo.

²⁵ Danilo Caicedo, “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano” *Revista Umbral*, 2 (II semestre 2012):123.

²⁶ Sobre el tema confróntese Óscar Correas, *Crítica de la Ideología Jurídica, Ensayo Sociosemiológico* (México: Universidad Autónoma de México, 1993), 60.

²⁷ *Ibíd.*, 44.

En este sentido, debemos recordar que cada derecho conquistado y tenido como “normal y natural” ha sido objeto de grandes luchas que permitieron que sea considerado como fundamental. Por ello, las manifestaciones sociales que se levantan para visibilizar la necesidad de un cambio cultural referente a la familia y matrimonio reflejan un deseo de todas las personas que han sido sometidas por el paradigma heteropatriarcal²⁸, exigiendo así, un cambio de visión jurídica y social que empiece a ver como iguales y legítimos a los diversas identidades de género y orientaciones sexuales existentes.

Sin embargo, y a pesar del modelo ideal y de los esfuerzos por mantener la familia heterosexual como la única prevista por el derecho y aceptada por la sociedad, han surgido diversas formas de concebir y expresar la orientación sexual como las personas GLTBI, que luchan por romper con las concepciones clásicas de familia como la exclusiva unión entre un hombre y una mujer con el fin de procrear. El reto para el derecho, es entonces, reconocer y proteger las nuevas formas de la familia; por ello, es importante revisar cómo desde la doctrina se aborda actualmente el núcleo fundamental de la sociedad.

1.1.3. La Familia y sus definiciones contemporáneas.-

La familia evoluciona constantemente debido a los cambios sociales en un determinado contexto y lugar histórico. Al respecto, Carlos Fígari, cita al juez argentino Enrique Petrachi quien sostuvo que “las formas que la familia ha adoptado son las más variadas, como nos lo enseñan la antropología y la historia, ya que si bien la familia es universal, al igual que todas las demás instituciones es un producto social sujeto a cambios y modificaciones”²⁹. Entonces,

²⁸ Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”, 27.

²⁹ Carlos Fígari “Per scientiam and justitiam”. *En matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*, Fundación Triángulo, s.f: 21, <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.

si formulamos una definición de familia, ésta debe ser lo suficientemente amplia para no desconocer los cambios sustanciales que la institución seguirá teniendo.

En este contexto, podemos encontrar en los tratados internacionales, constituciones, leyes y demás normas jurídicas de los diferentes Estados, definiciones que tuvieron que ser reformadas o re interpretadas para adaptarse a la dinámica y exigencia social, tal y como se profundizará en el siguiente capítulo. Por ello existen autores como Germán Martínez quien afirma que “la familia es un concepto jurídico indeterminado, el cual es afectado en su configuración por una realidad cambiante propia de un proceso histórico, al cual está supeditado la vida en sociedad”³⁰, dejando en claro entonces, que no se puede hablar de una definición y forma única de familia, pues la construcción social irá determinando lo dúctil de la institución y las nuevas formas que adopta.

Entonces, cuando hablamos de familia debemos referirnos de manera general al núcleo afectivo en donde las personas se desarrollan libremente, dejando a un lado el ideal heteropatriarcal, tal y como lo afirma la Corte Constitucional Colombiana:

Cada vez son más las familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo , entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con

³⁰ Germán Martínez Cázares, “La Familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado* (México: Porrúa, 2012), 32.

sus hermanos menores necesitados de protección o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción³¹.

1.1.3.1. Uniones homoafectivas y homoparentales.-

Existen diversas formas de familia, cada una de ellas exige ser reconocida legítimamente, con igualdad de derechos y respeto a sus singularidades, como son aquellos núcleos homoafectivos formados por personas del mismo sexo, sin hijos o con ellos, frutos de una asistencia médica (inseminación artificial), maternidad subrogada, adopción, o de una relación anterior (matrimonio/unión de hecho). Sin embargo, éste tipo de familia no ha sido reconocida en muchos Estados como formas válidas de constitución familiar.

Al respecto, debe señalarse que la familia es una convivencia sustentada en la afectividad y en vínculos emocionales que generan “una comunidad de vida que suele manifestarse en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, así como en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de la familia y en el logro de su felicidad”³².

Así pues, homosexuales o heterosexuales, en tanto personas que desean constituir un núcleo familiar, perciben el compromiso de forjar una auténtica comunidad de vida basada en el afecto y la voluntad responsable de mantener una convivencia mutua, de proporcionarse acompañamiento y ayuda recíproca, de asumir en común las responsabilidades que atañen a la pareja y a su entorno compartido³³.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

Lo expuesto refleja los elementos esenciales de la familia, especialmente en estados plurales en donde conviven diferentes modelos de vida procedentes de multitud de países y culturas; por tanto, las familias son variadas y requieren todas en igualdad de condiciones la misma protección. En este sentido, se puede postular la siguiente definición, que a nuestro criterio recoge la esencia misma de familia:

La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad.³⁴

La familia, por su trascendencia personal y social, sin importar cuál sea su forma, adquiere el rango de derecho y garantía esencial como lo señala la Corte Constitucional Colombiana: “el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad”³⁵.

Asimismo, debe anotarse que en la actualidad, muchos son los Estados que paulatinamente han ido adaptando su normativa al concepto dinámico de familia, en donde la orientación sexual así como la facultad de reproducción de las personas no son requisitos *sine qua non* para reconocer y tutelar la conformación de un vínculo familiar, ello ha favorecido fundamentalmente a las familias conformadas por personas GLBTI; sin embargo, si bien –en el mejor de los casos- se reconoce a éstas parejas como hogares y núcleos

³⁴ Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”,³⁷.

³⁵ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

familiares, no ocurre lo mismo cuando las mismas tienen bajo su potestad la crianza de niños, y ello responde a la falsa creencia que los niños dañarán su personalidad por la mala influencia de sus padres³⁶.

En este sentido, María Dolores Frías refiriéndose al Informe de varios psicólogos Españoles subraya que “no se ha detectado diferencias sistemáticas en el funcionamiento del comportamiento infantil de los niños criados por homosexuales en comparación con los que viven con un padre y una madre ni en el funcionamiento emocional, ni conductual, ni cognitivo, ni social ni en el área de la preferencia sexual”³⁷, dicho informe expone que el único problema que podrían presentar los niños son los relacionados a una discriminación que puede hacerlos víctimas en los diferentes círculos sociales en los que se relacionen; empero, este es un problema cultural y de Estado no de las familias víctimas de la violación de sus derechos, ello debido a que es un derecho y un deber fundamental el erradicar toda forma de discriminación social.

Así, las familias homoparentales no son un imaginario sobre el que podamos debatir acerca de su existencia y protección jurídica, debido a que en la realidad existen y se desarrollan, teniendo que luchar con la discriminación y falta de protección legal; Entonces se trata de la existencia misma de la familia homoparental, a la cual no se quiere garantizar.

Dicho lo cual, los países que reconocen y protegen jurídicamente a los diversos tipos de familia, garantizan la facultad de adopción de parejas del mismo sexo, sustentando su accionar en estudios como los realizados por el *American Psychological Association* (APA):

³⁶ Centeno, “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”,40.

³⁷ María Dolores Frías Navarro, *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales*. Informe del IV Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis 2003, <<http://www.uv.es/~friasnav/>>.

Quien adoptó una resolución donde destacaba que ni el sexo ni la identidad de género ni la orientación sexual son motivos que impidan la adopción, del mismo modo que no deben ser variables que retiren la custodia. En 1995 el APA publica “Lesbian and Gay Parenting: A resource for psychologists”, proporcionando una bibliografía comentada de investigaciones psicológicas. En resumen, se concluye que los resultados de las investigaciones señalan que los padres heterosexuales y los padres homosexuales crían a sus hijos de forma muy semejante, no apoyando los datos los estereotipos sociales.³⁸

Asimismo, la Universidad de los Andes, afirmó que: “la orientación sexual *per se* no constituye una condición que determine o explique diferencias en el desarrollo psicológico de lo-as hijos de parejas homosexuales”³⁹. Por su parte, estudios psicológicos y psiquiátricos realizados, indican que no existe, *ceteris paribus* es decir diferencias significativas entre homosexuales y heterosexuales a la hora de ejercer sus funciones parentales⁴⁰.

Sin duda, la evolución de la familia no es un tema fácil de aceptar, desde el paradigma heterosexual, culturalmente consolidado. Empero, al no hacerlo se vulnera derechos de las personas GLBTI; pues se invisibiliza sus hogares y no se les otorga la debida garantía. Claramente, el argumento cultural está presente en el discurso que cierra las puertas a un reconocimiento legal del tema; ante ello, Paula Viturro citando a Radhica Chandiramani, subraya lo que la ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos manifestó:

El espíritu de los derechos humanos significa que todas las personas los tenemos sencillamente porque somos humanas y humanos. Según ésta lógica, las personas LGBTI tienen los mismos derechos humanos que el resto de la gente... La cultura varía de un lugar a otro –no así los derechos humanos-. Además los derechos humanos no son estáticos: son

³⁸ Bruno Bimbi, “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*, Fundación Triángulo, s.f.: 127, <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.

³⁹ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

⁴⁰Figari, “Per scientiam and justitiam”, 37.

conceptos en evolución y resaltan asuntos particulares a medida que el marco de los derechos humanos evoluciona para arrojar luz sobre aspectos que podrían no haber sido considerados anteriormente.⁴¹

En ésta línea, se debe recordar, que en algún momento fue sostenido como inaceptable los núcleos monoparentales, es decir, ser madre o hijo de madre o padre soltero, o afrontar un proceso de separación/divorcio de los padres, realidades que hace solo unos años eran tenidos como graves problemas que atentaban a la institución familiar tradicional. Hoy en día, las discusiones se han agotado y se observa a madres y padres solteros desarrollando su paternidad como algo normal e incluso valorado positivamente por la sociedad. Entonces, no se debe por miedo o intención de salvaguardar la cultura del momento sacrificar los derechos relativos a una institución viviente y dinámica como la familia, toda vez que estos actos son los que verdaderamente afectan a los hogares creando prejuicios y situaciones discriminatorias de hecho y de derecho.

Por otro lado, como se ha sostenido, la familia tiene formas jurídicas y de hecho de constitución. El matrimonio por ejemplo, es por excelencia el medio jurídico de constitución familiar, y el que actualmente se reviste de una protección extensa, razón por la cual su regulación está presente en textos constitucionales. Así pues, es preciso determinar sí y cómo, las personas GLBTI requieren ser protegidas dentro del contrato matrimonial cual forma de constitución familiar.

1.2. El Matrimonio, evolución y definición.-

Al igual que la familia, el matrimonio ha sufrido varias modificaciones en el transcurso del tiempo, sin embargo, el derecho occidental heredó la visión romana de

⁴¹ Paula Viturro, “La revolución de Lxs, una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”. Anuario de Derechos Humanos. No. 9. (Universidad de Chile, 2013): 49.

concebir al matrimonio como “la cohabitación del hombre y de la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua”⁴². De igual forma, se incorporó el “enfoque contractual desde el pensamiento liberal de la Revolución Francesa”⁴³, todo ello para concebir al matrimonio como un acto contractual canónico con requisitos como: la capacidad y el consentimiento⁴⁴, a ello se sumó el deber de procreación.

Son claros los cambios por los cuales atravesó la institución matrimonial, en especial en lo referente a la igualdad de los sujetos que históricamente la han conformado; sin embargo, el hecho que “algunas instituciones jurídicas hayan regido los destinos de la sociedad durante siglos no les otorga por ello validez total o un inmutable sustento jurídico”⁴⁵. Y es que actualmente no se puede aceptar como argumento jurídicamente válido, el restringir el vínculo matrimonial entre personas GLBT debido a que histórica o etimológicamente el matrimonio corresponde a una unión heterosexual. Los términos cambian en la medida que cambian las sociedades que las usan, si conserváramos las definiciones atribuidas a los conceptos desde su origen muchas palabras nos resultarían incompatibles, como la patria potestad (autoridad exclusiva del varón), o familia (*famulus*: sirviente).

Por ello, el significado de los términos e instituciones jurídicas dependerá de las interpretaciones que se den a los mismos, de acuerdo a la evolución del tiempo y las exigencias de los derechos de las personas; criterio que ha de tenerse en cuenta para analizar

⁴² Bonfante, “Instituciones de Derecho Romano”, 18.

⁴³ Luis Parraguez, *Manual de derecho civil ecuatoriano, Personas y Familia* 1 vol. (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005), 187.

⁴⁴ Carolina Restrepo, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo, *Derecho y Diversidad Sexual* (Colombia: Universidad de Medellín, 2010), 138.

⁴⁵ Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 91.

el matrimonio entre parejas de la misma orientación sexual, que actualmente es una lucha por su conquista, ya que son muy pocos los Estados que en el mundo reconocen a esta institución como el vínculo contractual de dos personas indistintamente de su preferencia sexual. Expondremos por ello argumentos jurídicos que nos permitirán entender que “la conciencia social ha cambiado, permitiendo integrar a las parejas del mismo sexo en el matrimonio sin que por ello padezca la imagen social de esta institución”⁴⁶.

Antes de ello, es fundamental entender que el carácter laico de los Estados impide interpretar las instituciones civiles desde principios religiosos, y ello “obliga despojar al matrimonio de los diferentes parámetros de exclusión que lo han determinado”⁴⁷.

En este orden de ideas, debe entenderse que la laicidad en países como Ecuador es un elemento constitutivo del Estado, que implica el cumplimiento de dos principios básicos a) el principio de libertad religiosa, y b) el principio de neutralidad, o confesionalidad⁴⁸. El primero radica en la libertad que los Estados deben brindar a las personas para exteriorizar sus diversas creencias así como dar garantía de que estas expresiones legítimas sean respetadas. El segundo, implica que ninguna función del Estado debe actuar públicamente en orden a tutelar o imponer los principios de una determinada religión; por ello, “los legisladores y funcionarios públicos, si bien tienen sus creencias personales, no deben ni

⁴⁶ Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

⁴⁷ Mariano Fernández, “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 601.

⁴⁸ Marco Huaco, “Los Dilemas de la aplicación del principio de laicidad en Iberoamérica”, En Liendo George, comp. *Memorias del Primer Seminario Internacional fomentando el conocimiento de las libertades laicas* (Lima, Perú: Universidad mayor de San Marcos, 2008), 61.

pueden imponerlas al conjunto de la población”⁴⁹ aspecto que recae sobre la creación o interpretación de normas, garantías o políticas públicas.

Por tal motivo, la laicidad en un Estado ha sido definida como: “un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y (ya) no por elementos religiosos” ello implica, por ejemplo, que elementos como la moral pública no deben justificar una visión religiosa de instituciones y derechos en los Estados democráticos.

Al respecto, Manuel Atienza afirma que el derecho debe identificarse sin recurrir a criterios morales⁵⁰ y que, criterios que son tenidos como moral justificada son los que permiten recurrir a la libertad, igualdad y dignidad; de ocurrir lo contrario, es decir si el ordenamiento jurídico se desarrolla o interpreta conforme a una moral religiosa se desnaturalizaría el Estado democrático y laico.

Asimismo, es importante tener claro que no es admisible una interpretación religiosa del matrimonio; aun a pesar que países como Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela demuestren constitucionalmente una vocación religiosa⁵¹, pues éste no es un elemento constitutivo del modelo jurídico del Estado, ni responde a una visión si quiera oficial de interpretación del ordenamiento jurídico o los derechos.

En esta misma línea, la doctrina ha establecido que “Una vez que se seculariza el matrimonio el sacramento religioso es sustituido por el consentimiento libre de las partes,

⁴⁹ Roberto Blancarte, “El porqué de un Estado laico”. En Liendo George comp. *Memorias del Primer Seminario Internacional fomentando el conocimiento de las libertades laicas* (Perú: Universidad mayor de San Marcos, 2008), 39.

⁵⁰ Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (España: Trotta, 2013), 424.

⁵¹ Huaco, “Los Dilemas de la aplicación del principio de laicidad en Iberoamerica”, 67.

así pues el consentimiento y no el acto carnal es la nueva condición sustancial de existencia del vínculo y no la diferencia de sexos de sus contrayentes.⁵²” En este punto, cabe especificar los elementos que definen la institución matrimonial, concebida tradicionalmente como la ‘unión de un hombre y una mujer’ o ‘unión entre un hombre y una mujer’, derivándose de ello características como el sentido heterosexual y de procreación.

El matrimonio como institución jurídica de relevancia social, y connotaciones religiosas se define sobre tres elementos básicos: a) heterosexualidad b) procreación, c) libre consentimiento de las partes. Acerca del elemento de la procreación debemos empezar por anotar que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”⁵³. Si se considerase que la procreación es un elemento indispensable del matrimonio, no se deberían tener como válidos aquellos contratos celebrados por personas adultas mayores, parejas que por su propia voluntad han decidido no tener hijos o que por razones naturales o accidentales uno o los dos cónyuges es infértil. Por ello, la Corte Constitucional Colombiana ha mencionado que “la capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear”⁵⁴.

Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, desestimó la procreación como elemento esencial del matrimonio:

⁵² Restrepo, Sánchez y Tamayo, “Derecho y Diversidad Sexual”, 138.

⁵³ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

⁵⁴ *Ibíd.*

Por tanto, aun cuando es cierto que existen diferencias entre unas y otras parejas, sobre todo en cuanto a la limitante de procrear hijos biológicamente comunes en las del mismo sexo, ello no se traduce en una diferencia o desigualdad entre ambas relaciones que, en forma relevante, incida en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda a ambas, puesto que, como hemos detallado, la "potencialidad" de la reproducción no es una finalidad esencial de aquél tratándose de las parejas heterosexuales que, como señalamos, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, o bien, se encuentran, en ocasiones, ante la imposibilidad de tenerlos, lo que, en modo alguno, les impide contraerlo, ni es una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva⁵⁵.

Asimismo la Suprema Corte Estadounidense en el caso *Obergefell v. Hodges, Director, Ohio Department of Health* sostuvo:

La capacidad, el deseo, la promesa de procrear no es y no ha sido un requisito previo para un matrimonio valido en cualquier Estado. A la luz de los precedentes que protege el derecho de una pareja casada a no procrear, no se puede decir que la Corte o los Estados han condicionado el derecho a contraer matrimonio en la capacidad para procrear. El matrimonio como derecho constitucional tiene muchos aspectos, de los que la maternidad o paternidad es una sola⁵⁶.

En cuanto al elemento de libertad de voluntad de los contrayentes, debe sostenerse que las personas frente al matrimonio poseen en cuanto a la libertad dos dimensiones, a saber: a) el deseo de contraer o no matrimonio y b) la posibilidad de escoger a la persona con quien se va a contraer matrimonio⁵⁷; en este último punto, las Cortes Judiciales (como ejemplo: España, Colombia, Sudáfrica, México, Canadá, y Estados Unidos de Norte América) que han legitimado el matrimonio entre parejas del mismo sexo han sostenido, que es potestad de las personas decidir con quién contraer matrimonio, y que la prohibición que una persona pueda

⁵⁵ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia Nacional Mexicana, sentencia del 16 de Agosto de 2010, párr. 270.

⁵⁶ Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.

⁵⁷Ibíd.

celebrar el contrato con otra de su mismo sexo carece de argumento jurídico válido; pues tal decisión se vincula con las convicciones y creencias más íntimas de la dignidad humana, de tal razón, que como lo menciona Roberto Gargarella “si el Estado insiste en negar determinados derechos a un grupo de la población, necesariamente debe explicitar el porqué de tal negación y dar manifiesta cuenta de sus razones. De lo contrario, la discriminación es puramente arbitraria.”⁵⁸; aspecto sobre el cual nos referiremos en la relación que tiene el matrimonio con la igualdad y no discriminación.

En referencia al elemento heterosexual, es preciso subrayar lo expuesto por Mariano Fernández en su obra “Matrimonio y diversidad sexual” en la que analiza la sentencia CCT 60/04 de la Corte Constitucional Sudafricana; en dicha sentencia el alto Tribunal desvirtuó el elemento heterosexual del régimen matrimonial extendiéndolo así a cualquier pareja con independencia de su orientación sexual: “La corte constitucional afirmó que dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho representa negar la autodefinición en una forma profunda”⁵⁹.

Entonces, el objeto del matrimonio puede y es válidamente perseguido por las parejas que proyectan una vida en común con vocación de permanencia, con independencia de que sean heterosexuales u homosexuales. De igual forma, la Corte Constitucional Sudafricana ha expuesto que “La definición exclusiva de matrimonio ofende a gays y lesbianas”⁶⁰, menciona además que “tal concepción expresa no sólo que su compromiso, relación y

⁵⁸ Fígari, “Per scientiam and justitiam”, 21.

⁵⁹ Fernández, “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”, 610.

⁶⁰ Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 93.

obligación de amor es inferior, sino que ellos/ellas nunca podrán ser parte de la comunidad con igualdad”⁶¹.

Por todo ello, el objeto y fin del contrato matrimonial no radica en la diversidad sexual de los contrayentes. Así pues lo afirmó la Suprema Corte de México en la sentencia 2-2010: “Esta Suprema Corte estima que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que en un momento histórico dado existía, mas no el núcleo esencial del matrimonio”⁶².

El matrimonio entonces, nace de la posibilidad del vínculo entre dos personas que de manera libre y capaz unen sus voluntades para realizar un proyecto de vida comunitario. Así pues, las características físicas y sexuales del contrayente son irrelevantes siempre y cuando el contrato se realice con consentimiento pleno en condiciones de igualdad y capacidad⁶³; por lo tanto, la unión conyugal puede ser contraída por “dos personas que expresan públicamente su consentimiento libre y claro”⁶⁴.

Ahora bien, puede afirmarse que una característica fundamental del contrato matrimonial es la protección jurídica “entre los contrayentes que genera obligaciones personales recíprocas en el ámbito de la pareja y surte efectos de carácter patrimonial”, dicha protección –en igual dimensión- no es garantizada por otra institución, como por ejemplo la unión de hecho, la cual no genera el mismo efecto jurídico, pues su carácter declarativo e

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Manuel Munive y Gerardo García, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado* (México: Porrúa, 2012), 461.

⁶³ Restrepo, Sánchez y Tamayo, *Derecho y Diversidad Sexual*, 139.

⁶⁴ Alain Roy, “Las Parejas de igual sexo en el Derecho Quebequense”, *Revista de Derecho Comparado* (I semestre 2004): 126.

informal está supeditado al transcurso del tiempo, y en todas formas, dicha institución está concebida para diferentes realidades y pretensiones. El matrimonio por su parte, otorga desde el mismo momento de su celebración “prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad”⁶⁵, diferencias que se abordan en el capítulo tercero. Además, el matrimonio igualitario resulta imprescindible en la lucha reivindicatoria de la igualdad, no discriminación y libertad, con el objetivo de transformar sociedades injustas y discriminatorias, para que las mismas entiendan que la orientación sexual es un aspecto fundamental en la dignidad humana. Por ello, la pretensión será la igualdad y libertad de las personas frente a la celebración de un contrato que produce especiales efectos jurídicos y culturales.

Sin embargo, muchos ordenamientos jurídicos han previsto la posibilidad de un contrato civil o la unión de hecho (con iguales derechos que el matrimonio) para uniones GLTB. Empero, éstas por sí mismas atenta contra el derecho a la igualdad y no discriminación. En este contexto, la Corte Suprema de Argentina se ha pronunciado en la siguiente forma:

Si la propuesta fuese que la unión civil para las parejas homosexuales reconociera todos y cada uno de los derechos que reconoce el matrimonio, es decir, que se cree una institución paralela, idéntica al matrimonio, y se distinga a la población, por su orientación sexual, entre quienes pueden acceder a una institución o a la otra, se trataría de un absurdo, inédito en nuestro ordenamiento jurídico. Y sería, claro está, una ley profundamente discriminatoria, porque estaría trazando una línea simbólica que clasificaría a los argentinos y las argentinas en dos grupos que recibirían un tratamiento diferenciado de parte del Estado.⁶⁶

⁶⁵ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

⁶⁶ Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 99.

En suma, si se restringe el matrimonio, bajo criterios históricos, canónicos o culturales, se asumiría una posición mayoritaria sin argumentos sólidos en derecho, para vulnerar derechos de una minoría; sería la imposición del proyecto de vida de otros, lo cual resulta incompatible con la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

1.2.1. Matrimonio, Libre desarrollo de la Personalidad e Igualdad y no Discriminación.-

De lo señalado anteriormente, es preciso analizar si la restricción a la institución matrimonial que impide el vínculo conyugal entre personas GLBT, viola los derechos: a) al libre desarrollo de la personalidad y b) el derecho a la igualdad y no discriminación.

Basta es la doctrina que se encuentra en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad; así pues, Ana Arzurmendi expone que el libre desarrollo de la personalidad es “aquel derecho que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones...”⁶⁷. Asimismo, el libre desarrollo de la personalidad es el atributo jurídico general de ser persona humana, en el cual se incluyen todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona, es decir es un derecho íntimamente ligado a los demás y en especial a las libertades y la dignidad.

De allí se entiende que este derecho se encuentre consagrado en el derecho internacional y constitucional, pues el mismo implica “el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”⁶⁸. El desarrollo de la

⁶⁷ Ana Arzurmendi, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2ª ed. (México, Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía, 1998), 61.

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993.

personalidad responde a la facultad que poseen las personas para poder mantener su vida y personalidad, acorde con sus propios y únicos ideales. Es el poder cumplir las metas de cada individuo, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio⁶⁹. De tal forma, el contenido del libre desarrollo de la personalidad se nos presenta como deber de protección jurídica de aquellas características del individuo que procuran el desarrollo autónomo del propio ser.

En lo que respecta al acceso al contrato matrimonial, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra íntimamente ligado a ésta pues en cuanto forma jurídica de constitución familiar, así como contrato es ilegítimamente negado por razones de orientación sexual a personas GLBTI, pues la orientación sexual e identidad de género son expresiones legítimas de la sexualidad de la persona⁷⁰, no atenta contra el derecho de terceros ni el orden público; así como no representa “amenaza” en cuanto a desnaturalizar instituciones cambiantes. Por lo cual, la Corte Constitucional Colombiana acertadamente señaló:

La Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo. La convivencia en pareja contribuye de manera decisiva al libre desarrollo de la personalidad, afincada en su libertad de conciencia que decide libremente compartir su proyecto vital con otra persona, de diferente o del mismo sexo...⁷¹.

Al excluir a las personas GLBT de la posibilidad de contraer matrimonio, se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como se perpetúa la visión que las

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

⁷¹ Ibid.

relaciones entre personas del mismo sexo son menos dignas de reconocimiento que la relación entre personas de distinto sexo. Por tanto, restringir derechos o el acceso a contratos civiles en referencia a la orientación sexual de las personas, es discriminar la personalidad misma, pues no se puede justificar que los contratos tengan una determinada visión de orientación sexual o género, como “cuando una persona homosexual alquila un departamento, firma un contrato de arrendamiento, no de vínculo de arriendo homosexual; del mismo modo, cuando se casa, no hay razón para ponerle otro nombre a su contrato”⁷².

En otro sentido, uno de los aspectos fuertemente ligados al libre desarrollo de la personalidad es la intimidad del desarrollo de la orientación sexual e identidad de género. Así pues, la Corte Constitucional Colombiana expuso que la homosexualidad es: “una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales...”⁷³. De allí se colige que el restringir el matrimonio entre personas del mismo sexo es atentar gravemente con su libre desarrollo, pues se les está negando la oportunidad de ser personas iguales, y dejando en claro que la identidad e intimidad es un asunto público; y, que legítimamente se puede restringir. En ello, la Corte Constitucional Colombiana ha sido enfática en sostener:

Una política de protección invade el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad cuando se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, para las personas homosexuales no solamente su orientación sexual es fundamental para su proyecto de vida, sino que también el formar una familia hace parte del proyecto de vida de muchas personas que ostentan dicha orientación, por lo que no puede avalarse el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por una

⁷² Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 99.

⁷³ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

parte, y por otra restringirse este mismo derecho en lo atinente a la conformación de la familia o la conformación del vínculo matrimonial⁷⁴.

Entonces, la opción sexual está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad, así como a la intimidad, igualdad y no discriminación. La igualdad refiere que todos los seres humanos somos iguales, por lo general dicha fórmula va acompañada de un parámetro referencial es decir: todos somos iguales frente a la ley, y ello respecto a un determinado ordenamiento jurídico.

Ciertamente la igualdad es un principio complejo⁷⁵, ampliamente desarrollado por los ordenamientos jurídicos y fuentes del derecho. En su concepción más amplia, ha de entenderse que la igualdad supone previamente el derecho de las personas a ser ellas mismas con el entendido de una misma dignidad.

Luigi Ferrajoli define a la igualdad como un principio basado en “el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás”⁷⁶, entonces, se entiende que la igualdad no implica la idea que todos somos idénticos, pues naturalmente somos diferentes en cuanto a características físicas y psicológicas, pero todos iguales en cuanto a personas con dignidad, derechos y libertades; y son éstos los que se tienen que tutelar, respetar y garantizar; somos pues, iguales en valor y dignidad. La igualdad es un término normativo que quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales⁷⁷;

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Luigi Ferrajoli, “El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género”. En Juan Cruz coord. *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres* (México: Corte Suprema de Justicia s.f.), 2.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid., 11.

en este sentido, si una diferencia como la orientación sexual y género es vulnerado, consecuentemente el principio de igualdad se vulnera.

Asimismo, debe subrayarse que la igualdad se dispone en forma de derecho; y al sostener ello, según Ferrajoli “significa que la igualdad ya no es un hecho, sino un valor, no una aseveración, sino una prescripción cuya actuación o efectividad requiere por lo tanto que se le asegure mediante garantías adecuadas⁷⁸”; lo cual implica que la igualdad constituye un elemento contra mayoritario; es decir, no importa si la mayoría está de acuerdo o en desacuerdo con que, por ejemplo, “los negros tengan los mismos derechos que los blancos, los judíos tengan los mismos derechos que los cristianos o las mujeres tengan los mismos derechos que los varones. La legitimidad de los derechos de las minorías no nace de la voluntad de las mayorías, ni es un regalo o una concesión que las mayorías realizan”⁷⁹. Por lo que la igualdad ha sido considerada como el principio básico de los derechos humanos y cuya esfera no pertenece a lo decidible por las democracias⁸⁰.

Por otra parte, la doctrina analiza varios enfoques de la igualdad, como son a) igualdad formal, que garantiza el amparo legal de que todas las personas serán tratadas en forma similar con igualdad de derechos⁸¹, y b) la igualdad material, que está ligada a la visión de equidad o de acciones positivas que el Estado debe realizar para que efectivamente todos las personas –en cuanto a sus particularidades- gocen de las mismas oportunidades.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Bimbi, “Aportes al debate de la ley de matrimonio para todos y todas”, 65.

⁸⁰ Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”. En Christian Courtis compilador. *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2001), 257.

⁸¹ Ferrajoli, “El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género”, 3.

Asimismo, la igualdad de las personas se evidencia en dos sentidos a) igualdad ante la ley, y b) igualdad en la ley, el primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación de la ley⁸². El segundo nivel, en cambio alude al carácter que define a la igualdad como derecho, es decir, a su eficacia frente al legislador⁸³. Dichas clasificaciones especifican los ámbitos a ser garantizados por el Estado a fin de evitar situaciones que van en contra del sentido e igualdad y crean situaciones discriminatorias.

Respecto a la discriminación debe entenderse que es un fenómeno a erradicarse; dicha realidad tiene, según Bobbio, origen en el prejuicio desarrollado en la persona o grupo que se encuentra predispuesto para aceptarlo, asimilarlo y reproducirlo; máxime, cuando factores religiosos y culturales refuerzan dicho fenómeno. Posterior a ello, se produce la discriminación, a la cual ciertamente se la define como “una diferenciación injusta o ilegítima ya que va en contra del principio de justicia según el cual deben ser tratados de modo igual aquellos que son iguales”⁸⁴.

El prejuicio y por consiguiente la discriminación, puede ser individual y colectiva, ésta última responde a un rechazo de todo un grupo social con respecto a otro grupo social generando desprecio⁸⁵, mismo que se basa en una creencia de superioridad que obliga a tener al sujeto discriminado en una situación de regulación. La discriminación se produce, entonces, por la no aceptación de un elemento natural o social que distingue a la persona o

⁸² Carlos Bernal Pulido, “El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia ed. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 453.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Norberto Bobbio, *La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes*. En Caicedo Tapia ed. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 187.

⁸⁵ Ibid., 186.

grupo del resto de la colectividad, como es el caso de la etnia, orientación sexual, ideología política, origen nacional, identidad de género, pasado judicial, entre otros.

Sin embargo, las diferencias naturales son mucho más difíciles de superar que las sociales, y por lo general se postula la regla de que ‘personas diferentes deben tener un tratamiento diferente; pero, debe entenderse que dicho enunciado es un parámetro de igualdad, es decir se formula en cuanto a conseguir la igualdad material, pues como bien lo menciona Santos: “Tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”⁸⁶. Es decir, la igualdad opera cuando la característica diferencial es usada en perjuicio de la dignidad humana. Al respecto Ferrajoli expone “el principio de igualdad se establece sea porque somos diferentes, sea porque somos desiguales, para tutelar y revalorizar las diferencias y para eliminar o reducir las desigualdades”⁸⁷.

Ahora bien, la orientación sexual e identidad de género, son elementos que forman parte de la naturaleza del ser humano, en cuanto nace y se desarrolla desde lo más íntimo de la persona rigiendo su vida. Empero, históricamente se atribuyó a las orientaciones sexuales GLBTI un juicio negativo, generando prejuicio y discriminación social. Prueba de ello es que en muchos países aún siguen siendo penadas las conductas homosexuales y en los que no, se restringe profundamente el acceso y goce efectivo de derechos y libertades, argumentando que se trata de una distinción legítima.

⁸⁶ Ávila, “Género, derecho y discriminación”, 153.

⁸⁷Luigi Ferrajoli, *La Igualdad y sus garantías*, (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, s.f), <<http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>>.

Así, al restringir a las personas el goce y acceso a instituciones jurídicas basados en su orientación sexual e identidad de género, estamos frente a una discriminación *de jure* de forma directa, tal y como lo afirma Judith Salgado “estamos frente a una discriminación directa cuando las leyes, políticas, prácticas, discriminan de manera explícita a una persona o grupo de personas”⁸⁸; y de igual forma, un trato diferenciado se hace arbitrario cuando “impone desventajas a una persona o grupo de personas que limita o anula el ejercicio de derechos humanos”⁸⁹, de allí colegimos que cuando no se permite el acceso al contrato matrimonial a personas homosexuales o a la constitución de una familia estamos frente a una discriminación.

Asimismo, Albie Sachs, menciona “el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad”⁹⁰. Efectivamente, la orientación sexual y de género se ha convertido en patrón de discriminación internacional; se refleja, como se ha expuesto, en situaciones de hecho o de derecho, creando así lo que doctrinariamente se conoce como categoría sospechosa, como bien lo señaló la Suprema Corte de los Estados Unidos:

Las clases o categorías sospechosas per se son aquellas que originan una discriminación perversa en virtud de que: a) no se justifican estricta y rigurosamente en un interés legítimo del estado o b) están organizadas en base a la persecución de grupos que tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que reconocen u otorgan las

⁸⁸ Judith Salgado, “Manual de formación en género y derechos *humanos*”, 132.

⁸⁹ *Ibíd.*, 134.

⁹⁰ Simposio, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, Anuario de Derechos Humanos, No. 7 (Universidad de Chile, 2011.): 78.

leyes o c) esos grupos se encuentran relegados a una situación en la cual se los posterga sin término⁹¹.

Entonces la orientación sexual e identidad de género deben ser tratadas como categorías sospechosas, pues su restricción: a) no persigue un fin legítimo, ya que la diferencia sexual responde a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad, el negarlo es discriminar a las personas por ser ellas mismas, b) es un criterio que ha servido históricamente para perseguir a las personas GLBTI, y c) mismos que deben esperar hasta que, el legislativo o el judicial entiendan que se trata de una expresión legítima de su identidad y por tanto merecen ser iguales y no discriminados.

El matrimonio pues, en tanto vínculo contractual de dos personas, basado en su libre consentimiento, capacidad y deber de auxilio y afectividad, no debe contemplar un requisito heterosexual de sus contrayentes; más aún, cuando se evidencia que este criterio es por sí mismo ofensivo a la igualdad y dignidad humana.

Asimismo, Carlos Bernal Pulido sostiene:

Son potencialmente discriminatorias aquellas diferencias que “se funden en rasgos permanentes de la personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menos precio y prácticas discriminatorias; y aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁹².

En esta línea, la doctrina y jurisprudencia han usado el test de igualdad para determinar si la exclusión de parejas homosexuales del contrato matrimonial es legítima. Se

⁹¹ Gelli María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, tomo 1 (Buenos Aires: La Ley, 2008), 233.

⁹² Bernal Pulido, “El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”, 465.

establecen entonces tres momentos del test: a) legítimo fin perseguido por la restricción b) idoneidad y c) proporcionalidad entre el medio escogido y el fin perseguido⁹³.

Al respecto, debe mencionarse que es posible que los ordenamientos jurídicos de los Estados conciban el matrimonio como contrato heterosexual, lo cual impone al Legislador y al Estado, el deber de tutelar este vínculo –para que no sea menoscabado-, es decir, no pueden desconocerlo o dejar de ampararlo, pero nada dice del hecho que pueda ampliarse su definición o proteger -en torno a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, identidad, e intimidad que de igual forma son derechos constitucionales- a las parejas homosexuales facultándolas para poder contraer matrimonio.

Por el contrario, al restringir el acceso al contrato matrimonial a parejas homosexuales, no puede sostenerse que éste fin es legítimo, pues crea una discriminación que por sí misma atenta contra la dignidad humana. De igual forma, la medida (restringir a parejas homosexuales del acceso al contrato matrimonial) no es idónea ni necesaria, pues al no existir fin legítimo no puede justificarse dicha norma; sin embargo, en la hipótesis de que efectivamente se persiguiera un objetivo legítimo, seguiría careciendo de idoneidad, pues la concepción restrictiva es una intromisión grave a la igualdad sin que exista otro derecho o bien jurídico a tutelarse; por último la medida es desproporcionada pues el medio y fin es discriminatorio, excluyendo de forma completa al goce jurídico del contrato matrimonial y de una forma de constitución familiar a un grupo de personas.

Finalmente, debemos expresar que los Estados deben caminar hacia la protección jurídica de las diferencias, constituyendo un modelo de igualdad sin discriminación

⁹³ *Ibíd.*, 467.

“garantizando a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas a libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales”⁹⁴.

1.3. Análisis de Legalización del matrimonio entre personas GLTB en perspectiva internacional:

Teniendo como fundamento lo anterior, es momento de revisar a nivel internacional, la configuración constitucional o legal del matrimonio como institución heterosexual, y su incidencia en el posterior reconocimiento de la misma a parejas homosexuales.

Debemos comenzar, por señalar que a nivel mundial actualmente son 22 los Estados que han legalizado el matrimonio igualitario, entre ellos tenemos: Países Bajos (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), México-Distrito Federal, (2009), Dinamarca (2012), Uruguay (2013), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2013), Nueva Zelanda (2013), Brasil (2013), Francia (2013), Brasil (2013), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Finlandia (expidió ley en la cual el matrimonio igualitario será legal en 2017). Eslovenia Estados Unidos de Norte América (2015).

Ahora bien, los mencionados Estados reconocen el matrimonio entre parejas del mismo sexo o “matrimonio igualitario”; empero, cabe señalar que existe una diferencia fundamental en la forma en la que dichos Estados han considerado la apertura matrimonial, ello radica en que el matrimonio en ciertos casos ha sido constitucionalizado y en otros regulado legalmente. Sin embargo en las dos realidades se observa una intervención judicial;

⁹⁴Ávila, “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”, 153.

aunque, efectivamente la carga argumentativa es diferente cuando las Cortes interpretan una ley o la Constitución.

Sin embargo, un punto en común, al ser analizado en la jurisprudencia, es el desarrollo de la dignidad como autonomía en apoyo del matrimonio entre parejas del mismo sexo. La idea central fue que la negación del matrimonio a parejas del mismo sexo cuando se acepta el matrimonio entre personas de sexo opuesto significa una restricción a la autonomía o al libre desarrollo de la personalidad de quienes han formado, o quisieran formar una familia matrimonial con una persona de su mismo sexo. Esta restricción al desarrollo de la personalidad, es contraria a la dignidad humana.

Por ello, expondremos brevemente el proceso de legalización del matrimonio igualitario; del primer Estado en aceptarlo, y de un Estado por región internacional, en un contexto diferenciado de regulación legal y constitucional; incluido el país que más recientemente aceptó judicialmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

1.3.1. Estados en los que la Constitución no regula el matrimonio.-

Países Bajos.- Holanda fue el primer Estado que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, su regulación se introdujo mediante ley de 21 de diciembre de 2000, que reformó el Código Civil para formular: “el matrimonio puede ser contraído por dos personas de distinto o del mismo sexo”⁹⁵. Posterior a ello, el Tribunal Supremo holandés consagro la reforma y manifestó: “no resulta admisible acudir a una interpretación histórica y concebir al matrimonio como una realidad heterosexual”⁹⁶, limitación hacia los

⁹⁵ Santiago Cañamares, *El Matrimonio Homosexual en Derecho Español y Comparado* (Madrid, España: IUSTEL 2007), 140.

⁹⁶ *Ibíd.*, 141.

homosexuales que consideró transgresora a los derechos de matrimonio e igualdad y no discriminación⁹⁷.

Sudáfrica.- Primer Estado africano en legalizar el matrimonio igualitario; para ello, se reformó la definición que daba *common law* del matrimonio, por medio de la sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs* de 30 de noviembre de 2004, que conoció y resolvió el Tribunal Supremo; la cual el 1 de diciembre de 2005 fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, mismo que dispuso la inconstitucionalidad de la tradicional exigencia de diversidad de sexos en el contrato matrimonial⁹⁸.

Canadá.- En este Estado de América del Norte, posibilitaron el matrimonio entre personas del mismo sexo, debido a que desde el año 2003 varios Tribunales Provinciales empezaron a legitimar dichas uniones, fundamentándose en la igualdad y no discriminación, posterior a ello, el Gobierno Federal elevó consulta al Tribunal Supremo acerca de la constitucionalidad de los nuevos matrimonios entre personas del mismo sexo; dicho organismo emitió dictamen el 9 de diciembre de 2004, en el que afirmó que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la Carta de Derechos:

El tribunal entiende que en la actualidad la sociedad canadiense es distinta caracterizada por el pluralismo donde el matrimonio desde la perspectiva estatal es una institución civil y seguir el razonamiento de los conceptos congelados es contrario a los principios fundamentales de la interpretación constitucional canadiense, ya que la constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación progresiva aborda las realidades de una vida

⁹⁷Constitución del Reino de los Países Bajos, <<http://www.tresmed.es/documents/10358/31054/CONSTITUCI%C3%93N+HOLANDESA>>.

⁹⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica, sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs* de 30 de noviembre de 2004 disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>

moderna. De esta forma interpretando de una manera extensiva el matrimonio se debe entender incluida la unión entre personas del mismo sexo⁹⁹.

México.- En este país latinoamericano, únicamente es posible el matrimonio igualitario en el Distrito Federal, ello gracias a una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, organismo que resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado en contra de la normativa civil que impedía el matrimonio entre homosexuales. Dicho tribunal declaró inconstitucional la restricción y legitimó la unión igualitaria; específicamente, la sentencia 2/20010 sostuvo:

No es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, haya sido un concepto completo y, por tanto, inmodificable, sobre todo si se considera el proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio ... por consiguiente, la circunstancia de que se llegue a redefinir el concepto de matrimonio, como el contrato celebrado entre dos personas, que se unen para proporcionarse ayuda mutua en la vida, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, por el contrario su acceso igualitario resulta un imperativo constitucional.¹⁰⁰

Fundamentó además su decisión en la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual, así como el hecho que el matrimonio no tiene como fin específico la procreación, pues de lo contrario la norma legal atentaría contra la autodeterminación de las personas y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Argentina.- Es el primer país de Sudamérica en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, a partir del 2010, ello debido a los fallos judiciales que en diferentes

⁹⁹ Cañamares, “El Matrimonio Homosexual en Derecho Español y Comparado”, 199.

¹⁰⁰ Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

provincias como Buenos Aires declararon inconstitucionales las normas que restringían el matrimonio a homosexuales.

Estados Unidos de Norte América.- Actualmente el matrimonio igualitario es constitucionalmente permitido en todo el territorio nacional. Dicho proceso empezó en Massachusetts por medio de una sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Goodridge v. Department of Public Health* de 18 de noviembre de 2003, organismo que consideró necesario tutelar la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana. Si bien, el alto tribunal reconoció que el matrimonio debe ser contraído por personas del mismo sexo, éste le concedió al parlamento un plazo de seis meses para legalizarlo.

Posteriormente, el Tribunal Supremo de Hawái en el caso *Brause vs. Bureau of Vital Statics*, hizo lo mismo, así como Alaska y sucesivamente los demás Estados. En 2013 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *Windsor vs Estados Unidos* determinó que el restringir a las personas por su orientación sexual el goce de celebrar contratos o algún beneficio legal atribuido a los matrimonios heterosexuales resulta violatorio a la quinta enmienda de la Constitución y su cláusula de igualdad, por lo que las leyes que discriminen las uniones o matrimonios homosexuales de los heterosexuales son inconstitucionales¹⁰¹.

Finalmente, el 26 de junio de 2015 la Suprema Corte emitió una opinión vinculante en el caso *Obergefell v. Hodges, Director, Ohio*, en la cual sostuvo que

Desde los albores de la historia, el matrimonio ha transformado extraños en parientes, conformando familias, uniendo a la sociedad en conjunto; dicha institución

¹⁰¹ Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12–307. Argued March 27, 2013—Decided June 26, 2013, <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

entonces, es de trascendental importancia ... De hecho, entender los cambios del matrimonio, es vital en una nación donde las nuevas dimensiones de la libertad se hacen evidentes a nuevas generaciones; las libertades comienzan en súplicas, protestas, incidencia política y el progreso judicial ... La naturaleza de la injusticia es que no siempre podemos ver en nuestros propios tiempos. Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Décimo cuarta Enmienda no presumieron de conocer el alcance de la libertad en todas sus dimensiones, por lo que confiaron a las generaciones futuras un deber de protección del derecho que tiene toda persona a disfrutar de la libertad, libertad que hoy por hoy conocemos su significado ... Con el tiempo y en otros contextos, la Corte ha reiterado que el derecho a contraer matrimonio es fundamental en virtud de la cláusula del debido proceso ... Una primera premisa de precedentes pertinentes de la Corte es que el derecho a la elección personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de autonomía individual ... La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo siempre puede haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental del matrimonio, ahora es manifiesta ... Muchos de los que consideran que matrimonio entre personas del mismo sexo es malo, o hayan llegado a esa conclusión basados en premisas religiosas o filosóficas respetables, ni ellos ni sus creencias están menospreciados aquí. Pero, cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley o en política pública requiriendo la posición oficial de un Estado, se configura una exclusión que degrada la libertad ... Todas estas consideraciones llevan a la conclusión que el derecho a contraer matrimonio es un derecho inherente fundamental en la libertad de la persona protegidas en la décimo cuarta enmienda, razón por la cual las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y libertad, La Corte sostiene que las parejas del mismo sexo podrán ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio¹⁰².

Así, Estados Unidos es la nación que más recientemente permitió el matrimonio igualitario, desde una interpretación amplia del derecho de libertad y matrimonio en torno a la igualdad y no discriminación.

¹⁰² Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.

1.3.2. Estados cuyas constituciones regulan el matrimonio.-

España.- Mediante la Ley 13/2005 el parlamento español, reformó la institución matrimonial consagrada en el Código Civil, permitiendo que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio, posterior a ello, se planteó un recurso de inconstitucionalidad debido a que la Constitución en su artículo 32 consagra: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”¹⁰³. Frente a ello, el Tribunal Constitucional entendió que dicho precepto debe ser interpretado bajo el principio de progresividad:

La aproximación histórica no es la adecuada para abordar los derechos de las parejas del mismo sexo, puesto que en la historia está el origen de la discriminación hoy proscrita. Además, se recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado que el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar ... El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial,

¹⁰³ Constitución de España, <http://www.lamocloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>.

y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual.¹⁰⁴

Así, el organismo entendió que la orientación sexual está protegida por el derecho a la libertad, intimidad, igualdad y no discriminación, por lo que señaló que no se puede restringir ningún derecho en virtud de la orientación sexual de las personas: “por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales”¹⁰⁵.

Según el criterio del Tribunal, el matrimonio es una comunidad de afecto cuyo vínculo debe ser protegido por el derecho, así como “la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio”¹⁰⁶.

De esta forma, el alto tribunal rechazó el argumento de inconstitucionalidad de la ley (13/2005) pues entiende que es positivo que cada individuo tenga la posibilidad de contraer matrimonio con una persona de su mismo o diferente sexo, pues al hacerlo se estaría dotando de un estatus de igualdad a las personas, y con ello no viola “el contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad”¹⁰⁷.

Colombia.- En este Estado de la comunidad andina, fue la corte Constitucional Colombiana, quien en su sentencia C-577 de 2011 resolvió una inconstitucionalidad por omisión relativa configurada en el artículo 113 del Código Civil Colombiano “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. En principio la Corte observó que la Constitución colombiana consagra en su artículo 42: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, con estos antecedentes el tribunal fundamentalmente sostuvo que la familia y el matrimonio son derechos fundamentales y los concibe como:

Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos” ... El matrimonio comporta, entonces, un vínculo formal que no se crea por la mera comunidad de vida surgida del pacto conyugal, sino de “la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges” que es la esencia del matrimonio, pues el consentimiento que expresan los contrayentes hace que “la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca”, de modo que “sin consentimiento no hay vínculo jurídico y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico”¹⁰⁸.

Así, la Corte sostuvo que “No se trata, entonces, de desconocer el matrimonio heterosexual y su protección constitucionalmente ordenada, sino de atender el imperativo de

¹⁰⁷ Ibíd.

¹⁰⁸ Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

ampliar la cobertura protectora mediante el establecimiento de una institución contractual que responda a las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo”¹⁰⁹; de igual forma, aseveró que si bien la Constitución protege al matrimonio heterosexual “no excluye la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico”¹¹⁰.

Sin embargo, la sentencia no es clara de la naturaleza del vínculo o contrato del que habla; pues si bien, puntualiza que el reconocimiento jurídico de la unión conformada por las parejas del mismo sexo debe tener carácter contractual, debido a que el contrato es el instituto previsto en el ordenamiento jurídico para otorgar carácter vinculante a las declaraciones de voluntad de las personas, nada dice sobre sí éste contrato es de naturaleza matrimonial, o se trata de una institución nueva, produciendo una ambigüedad en relación al sentido y alcance del fallo; pues si bien, se exhortó al parlamento para que antes del 20 de junio del 2013 legisle sobre la institución señalada o de lo contrario las “las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”¹¹¹; hasta la actualidad ni el parlamento ni los notarios conceden un vínculo contractual a las personas que lo solicitan.

A manera de conclusión, una revisión comparada de las decisiones que han aceptado el matrimonio igualitario, muestra argumentos comunes dados tanto por quienes se oponen al matrimonio igualitario como por aquellos que exigen el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. De todos ellos, los tribunales han tomado invariablemente los conceptos de libertad, igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la

¹⁰⁹ Ibíd.

¹¹⁰ Ibíd.

¹¹¹ Ibíd.

personalidad y dignidad, como base para su decisión. Aun cuando cada corte ha resuelto esta problemática con diferencias en cuanto a la interpretación que se ha otorgado a los derechos frente a la constitución y/o la ley, todas han llegado a la misma conclusión, en cuanto a la necesidad de reconocer y proteger el matrimonio igualitario, integrándolo a sus legislaciones nacionales.

Por tanto, los ejemplos señalados anteriormente ilustran una reivindicación de los derechos de personas GLBT en sociedades heteropatriarcales; dichas conquistas han sido respaldadas desde lo judicial en los casos en que se dio una lectura integral a de los derechos humanos. Sin embargo, la tarea jurisprudencial de las altas cortes no resulta fácil cuando constitucionalmente se restringe tales derechos. Y es que, en varios estados de Sudamérica – por citar un ejemplo- se constitucionalizó el matrimonio como unión entre hombre y mujer evidenciando que el contrato matrimonial es la forma jurídica por excelencia de protección a la familia.

Entonces, se cuestiona que el constituyente consagre la forma de celebración de un acto contractual, pues al hacerlo se restringe instituciones per se dinámicas, sujetas a un cambio permanente; lo cual produce violaciones a derechos humanos y consecuentemente, la eventual reforma de la norma constitucional. Por tal razón, muchos estados acertadamente no optaron por consagrar el matrimonio dejando su regulación al campo civil (Chile¹¹²,

¹¹² Constitución de la República de Chile: artículo 1, http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf.

Uruguay¹¹³, Perú¹¹⁴ y Bolivia¹¹⁵), demostrando así que la institución familiar y matrimonial debe ser amplia a fin de tutelar derechos y durar en el tiempo.

¹¹³ Constitución de la República Oriental de Uruguay: artículo 40. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0058>.

¹¹⁴ Constitución de la República de Perú: artículo 4, <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>.

¹¹⁵ Constitución de la República Plurinacional de Bolivia: artículos 62 y 63. Disponible en: <http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>.

CAPITULO II

Igualdad Familia y Matrimonio en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este capítulo tiene como objetivo desarrollar los estándares consagrados en tratados e instrumentos del derecho internacional de derechos humanos en relación a la igualdad, familia y matrimonio. En tal virtud, en principio, se expondrán las consideraciones generales, fuentes y principios del derecho internacional; para posteriormente desarrollar los estándares en torno a la igualdad y no discriminación en el sistema universal, europeo e interamericano de derechos humanos; así como la conexión entre dicho principio y la orientación e identidad sexual.

Seguido a ello, se analiza la familia y su desarrollo en los sistemas universal, europeo e interamericano; fundamentalmente, el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes de derechos humanos, que en forma progresiva tutelaron dicho derecho desde la igualdad.

Finalmente, se evidenciará argumentos jurídicos que sustentan la posibilidad que las personas GLBT puedan acceder al matrimonio, en un contexto de interpretación sistemática y teleológica de los instrumentos y tratados internacionales que todos los Estados parte deben asumir y aplicar.

Consideraciones Generales.-

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (también DIDH) es el conjunto de instrumentos internacionales que establecen o reconocen los derechos a nivel universal o regional. Se compone por tratados internacionales específicos en este ámbito, adoptados desde 1945 a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁶ (en adelante la declaración Universal), seguido de los demás instrumentos *de hard o soft law*¹¹⁷ que a través de los años han ratificado los Estados, ya sea en el sistema de Naciones Unidas, o en los diferentes organismos políticos regionales como la Organización de Estados Americanos o la Unión Europea.

El DIDH establece obligaciones que los Estados están sujetos a cumplir de manera seria, a tal punto, que no puede invocarse disposiciones de derecho interno como justificación de incumplimiento de lo dispuesto en un tratado¹¹⁸, pues los Estados asumen las obligaciones consagradas en el mismo bajo los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* (fiel cumplimiento de lo pactado)¹¹⁹, consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena), creada fundamentalmente para instaurar un orden y consolidar el derecho internacional público.

¹¹⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho internacional de los derechos humanos”, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>>.

¹¹⁷ Pablo Colmegna, “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, 8 (2012): 29. Este autor considera que “las normas soft law pueden tener diversas denominaciones, tales como resoluciones, recomendaciones, guías, códigos o estándares de conducta... están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella.” Kenneth Abbott and Duncan Snidal, *Hard and soft law in international governance* (s.l: International Organization, 2000), 1-2. Este autor considera que el hard law o ley dura son aquellos cuerpos jurídicos plenamente vinculantes para los Estados, mismos que han sido ratificados por los Estados, o aquellas obligaciones que se derivan de tratados internacionales.

¹¹⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena 23 de mayo de 1969, artículo 27, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>>.

¹¹⁹ *Ibíd.* Véase además en Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público* (México: Universidad Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, 2005), 125.

Sin embargo, los tratados de derechos humanos sobre los que nos referiremos, tienen un especial enfoque, pues se orientan a imponer deberes de respeto (abstención de intervención), protección (impedir abusos de los derechos) y realización (adopción de medidas positivas)¹²⁰. Bajo estas consideraciones, una vez realizada la ratificación de un tratado los Estados se comprometen a adoptar las obligaciones mencionadas de buena fe y fiel al cumplimiento de lo pactado; así mismo, cada tratado concibe el organismo que vela por su observancia, actuando para ello, de acuerdo a las competencias que el Estado contratante ha concertado.

Por otro lado, el *corpus jure* del DIDH, no solo se conforma de tratados internacionales, sino además de otras fuentes como los principios, la jurisprudencia y doctrina internacional¹²¹, importantes para el establecimiento de estándares que progresivamente desarrollan derechos y son incorporados por los Estados en su ordenamiento jurídico interno.

Así, en las siguientes líneas daremos cuenta del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en referencia a la igualdad, familia y matrimonio, resaltando la interdependencia de los mismos, pero rescatando el sentido y alcance de cada uno.

2.1. Igualdad y No Discriminación en el DIDH:

2.1.1. Orientación sexual e igualdad y no discriminación en el sistema universal y europeo de derechos humanos.-

El derecho a la igualdad y no discriminación ha sido consagrado en diferentes tratados internacionales; así pues, la Carta de las Naciones Unidas, tanto en su preámbulo como en su

¹²⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho internacional de los derechos humanos”.

¹²¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>.

artículo 1.2 refieren a la igualdad como un principio fundamental del derecho internacional¹²². De igual forma la Declaración Universal expone en su artículo 1 que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, posterior a ello, en el artículo 2 se consagra el principio de no discriminación exponiendo que “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”¹²³.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”) en sus artículos 2.1, y 26 desarrolla la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

Artículo 2.1 Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹²⁴

De esta forma, las Naciones Unidas y los organismos internacionales han consagrado los derechos a la igualdad y no discriminación, como derechos diferentes pero íntimamente vinculados y complementarios¹²⁵. La Declaración Universal formula la igualdad como

¹²² Daniel O'Donnell, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México: Tierra firme, 2007), 915.

¹²³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>.

¹²⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>>.

¹²⁵ O'Donnell, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 915.

inherente de la persona y su dignidad, para luego consagrar la no discriminación basado en un catálogo de categorías sospechosas y una clausula abierta que amplía a futuro su campo de protección. En el mismo sentido, el Pacto en su artículo 2 consagra la no discriminación como eje transversal de la titularidad de los derechos, para posteriormente en su artículo 26 exponer la igualdad ante la ley y reiterar la no discriminación en tal referencia.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos (en adelante el Comité), organismo encargado de dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones internacionales que se derivan del Pacto, por medio de sus Observaciones Generales, así como de las comunicaciones en las que sienta importantes precedentes, desarrolla ampliamente el derecho a la igualdad y la no discriminación. En tal virtud, el Comité en su Observación General No. 18 tomó nota que el Pacto no contiene una definición expresa de discriminación, por lo cual considero pertinente formular una:

“el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹²⁶.

Ahora bien, se debe puntualizar que no toda distinción por sí misma configura discriminación; por lo cual el Comité ha recalcado que un trato diferenciado no es discriminatorio si su propósito es legítimo y los criterios que motivan la diferenciación son objetivos y razonables.”¹²⁷, de lo que se desprende que para determinar si un acto es

¹²⁶Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, parr. 7, <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5>.

¹²⁷ O'Donnell, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 931.

discriminatorio se debe contrastar con los elementos que la definición nos aporta, a fin de determinar si la medida persigue o no un propósito legítimo, objetivo y razonable.

En general, un Estado no puede adoptar medidas discriminatorias, especialmente sobre motivos que claramente prohíbe el Pacto; así pues, el Comité en el caso *Müller y Engelhard contra Namibia*, mencionó que cuando los Estados realizan distinciones basadas en los motivos expresamente señalados en el Pacto como sospechosos de discriminación, deben desarrollar argumentos suficientemente sólidos a fin de desvirtuar una posible discriminación¹²⁸, de ello se entiende que a pesar que la medida no sea discriminatoria el hecho de crear una distinción de tales categorías le obliga al Estado a justificarla en mayor forma.

En cuanto a la igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual, el Comité en el Caso *Thoonen* concluyó que “la referencia al ‘sexo’ que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”¹²⁹.

Dicho lo cual, la Asamblea General de las Naciones Unidas preocupada por la constante discriminación de hecho y derecho que sufren las personas del grupo LGBTI a nivel mundial, adoptó, en 2008 la resolución A/63/635 con ocasión del tratamiento de la promoción y protección de derechos humanos; dicha resolución refiere a un anexo a la carta presentada por varios Estados al presidente de la Asamblea General, mismas que contienen declaraciones en torno a la promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas GLBT; entre los 66 Estados que suscribieron los documentos encontramos a Ecuador que

¹²⁸ Comité de Derechos Humanos, *caso Müller y Engelhard C. Namibia*, párr. 6.8, 2002, <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/919-2000.html>>.

¹²⁹ Comité de Derechos Humanos, *caso Toonen c. Australia*, párr. 8.2, <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>>.

tenía en vigencia una nueva Constitución, de naturaleza garantista en torno a derechos humanos, para enfáticamente indicar:

3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.¹³⁰

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptó dos resoluciones (2011-2014) acerca de la garantía de derechos humanos de personas con diferente orientación sexual e identidad de género. Específicamente, la resolución A/HRC/27/L.27/Rev.1 del 24 de septiembre del 2014 subrayó la universalidad, indivisibilidad e interrelación de los derechos, mismos que deben ser tutelados desde la igualdad y dignidad, tal y como lo afirma la declaración universal. Expresa además, que se debe luchar contra todas las formas de discriminación que en torno al colectivo GLBTI se desarrollan a nivel mundial¹³¹.

Las resoluciones antes mencionadas evidencian la existencia de un consenso internacional acerca de la no discriminación por motivos de orientación sexual y de género, la condena hacia reiteradas violaciones a los derechos humanos por dichas razones y el rechazo a las prácticas discriminatorias que atentan directamente a la dignidad e integridad personal¹³².

¹³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, *resolución A/63/635*, <https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf>.

¹³¹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *resolución No. A/HRC/27/L.27/Rev.1*, de 24 de septiembre, 2014, http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_27_L27_rev1.pdf.

¹³² *Ibíd.*

En este punto, es necesario precisar en qué medida una “distinción” por orientación sexual violaría los instrumentos mencionados. Por lo que se debe subrayar que si un Estado adopta una medida que produce de forma directa o indirecta un trato diferenciado a una persona o grupo de ellas en relación a su orientación sexual, debe justificar la razonabilidad y objetividad de la misma, caso contrario resultaría discriminatoria.

Dicha justificación debe preferentemente ser realizada en la jurisdicción interna y no en una internacional, ello debido a que “la maquinaria internacional para la protección de los derechos fundamentales es subsidiaria a los regímenes internos de protección de derechos ya que las autoridades nacionales están en una mejor posición que el juez internacional”¹³³, argumento conocido como “margen de apreciación”, sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el Tribunal Europeo o Tribunal) en casos como *Handyside*, *Sunday* y *Dudgeon* contra el Reino Unido¹³⁴.

De igual forma, el margen de apreciación establece “en caso de consenso entre los Estados parte sobre un determinado punto de derecho, menor será la discreción que tengan para legislar, y a la inversa, a menor consenso, mayor será el margen de apreciación reconocido a los Estados”¹³⁵. Al aplicar esta doctrina jurisprudencial el Tribunal Europeo, aceptó que las autoridades nacionales están mejor posicionadas para resolver la disputa en un caso determinado¹³⁶.

¹³³ Anne Bayefsky, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, Revista jurídica Human Rights Law Journal, Vol. 11, (Nº 1-2, 1990): 13.

¹³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *sentencia caso Handyside vs. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, Volumen 24, Serie A, párrafo 48; véase también en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, Volumen 30, Serie A, párrafo 59; véase también en el caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, Volumen 45, Serie A, Corte Europea de Derechos Humanos, párrafo 52.

¹³⁵ Bayefsky, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, 13.

¹³⁶ Dean Spielmann, *Allowing the right margin. the european court of human rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of european review?*: 2, <http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf>

En el contexto de la no discriminación, la Corte Europea en el caso *Inze contra Ausrtria* ha señalado: “Los Estados Contratantes gozan de cierto margen de apreciación al evaluar la existencia y la medida en que las diferencias en situaciones de otro modo similares justifican un trato distinto ante la ley; el alcance de este margen variará según las circunstancias, la materia en cuestión y los antecedentes del caso”¹³⁷.

Por lo expuesto, si bien, los Estados gozan en general de un margen de apreciación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que en materia de derechos humanos le imponen los tratados, es claro que cuando se refiere a categorías sospechosas el margen es estrecho¹³⁸, ello se concluye por el especial énfasis del texto del tratado en motivos específicos como el sexo (incluye orientación sexual), o bien por el consenso internacional al que nos hemos referido anteriormente. En los dos casos, no se puede argumentar la existencia de un margen de apreciación amplio al tratarse de medidas acerca de categorías sospechosas como la orientación sexual.

Consecuentemente, los Estados deben justificar objetiva y razonablemente la adopción de una medida que en cualquier forma se oriente a imponer una distinción de tratamiento por orientación sexual; verificando sus objetivos y efectos, garantizando así el efectivo goce de los derechos consagrados en el Pacto. De no hacerlo el Estado violaría directamente las obligaciones asumidas en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³⁷Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Inze vs. Austria*, párrafo 41, <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57505#{\"itemid\":\[\"001-57505\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57505#{\)>.

¹³⁸ Bayefsky, “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, 18.

2.1.2. Orientación sexual e igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.-

Asimismo, el derecho a la igualdad ha sido desarrollado por organismos regionales como la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), y su Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH); así pues, la Carta de la OEA en su artículo 45 literal a), menciona que “Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”¹³⁹. De igual forma la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su preámbulo menciona “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”, posterior a ello su artículo 2 expone el principio de igualdad ante la ley refiriéndose a varias categorías por las cuales no se debe discriminar¹⁴⁰.

En este mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención), expone:

Artículo 1. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.¹⁴¹

¹³⁹Organización de Estados Americanos, *carta fundacional*, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm>.

¹⁴⁰ Organización de Estados Americanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>.

¹⁴¹Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

Como se evidencia, tanto la carta de la OEA, como la Convención Americana conciben a la igualdad como un derecho básico de las sociedades. Específicamente, la Convención Americana es el instrumento que más se ha desarrollado en el SIDH, ello debido a que la Convención creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte), organismo jurisdiccional y consultivo, que interpreta y resuelve las controversias acerca de violaciones a las obligaciones adquiridas por los Estados en el tratado. De igual forma, amplía las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, misma que a pesar de no tener la competencia de emitir sentencias, sus informes y recomendaciones enriquecen el sentido y alcance de los derechos convencionales.

Dicho lo cual, la especial característica de obligatoriedad que reviste la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos referiremos a cómo el alto tribunal ha entendido la igualdad y no discriminación.

En principio, la Corte, analizó el tema en su Opinión Consultiva OC-4/84, en la que expresó:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.¹⁴²

¹⁴² Corte Interamericana de derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84*, del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4 párr. 55.

Asimismo, la Corte recalcó que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana...”¹⁴³; y por ello expresó:

“No puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹⁴⁴.

De esta forma, puede sostenerse que una distinción se convierte en discriminación cuando a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; y c) no exista proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue¹⁴⁵, estándar que más adelante lo retomaremos al referirnos al matrimonio.

En una posterior ocasión la Corte en su Opinión Consultiva 18 resaltó la obligación que tienen los Estados “de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”¹⁴⁶, advirtió que de no hacerlo y verificar su incumplimiento el Estado debe responder internacionalmente por dicha vulneración¹⁴⁷.

¹⁴³Ibíd., párr. 56.

¹⁴⁴Ibíd., párr. 57.

¹⁴⁵ O'Donnell, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 960.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr.88.

¹⁴⁷ Ibíd.

En esta misma línea, la Corte determinó que el principio de igualdad y no discriminación es norma *jus cogens*:

Este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens* ... Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.¹⁴⁸

Consecuentemente, la Corte recalcó que dicha declaratoria debe ser asumida en la forma que lo establece el artículo 53 de la Convención de Viena: “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, y 64 que menciona “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”¹⁴⁹.

Por tal razón, la obligación de los Estados parte de la Convención, en torno a la igualdad y no discriminación no solo radica en no discriminar, sino además en “la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención”¹⁵⁰, práctica que como lo afirma la Corte, configura una norma consuetudinaria.¹⁵¹

Ahora bien, la Corte no solo ha interpretado de manera general la igualdad y no discriminación, sino además ha precisado el sentido y alcance del artículo 1.1 y 24 de la Convención, así pues en la Opinión Consultiva 4 expresó: “El artículo 1.1 de la

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 101.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 98.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 167.

¹⁵¹ *Ibíd.*

Convención... es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado... todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”¹⁵², posteriormente en referencia al artículo 24 la Corte en el caso *Yatama vs. Nicaragua* afirmó:

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.¹⁵³

Bajo este criterio, la Convención no solo protege la igualdad y no discriminación referente a los derechos convencionales, sino que la protección se amplía a toda aquella normativa que el Estado adopte y que viole en sí mismo la igualdad y no discriminación; es decir, el artículo 24 contiene un derecho autónomo que tiene como parámetro el ordenamiento jurídico interno de los Estados¹⁵⁴, tal y como lo afirma la Corte en el caso *Apitz Barbera vs Venezuela*:

La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 53.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ Marianne González y Óscar Parra, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.-Nº1-San José, Costa Rica 2008: 156, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf>>.

cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24.¹⁵⁵

Por tanto, la discriminación no solo viola el sentido mismo de la dignidad y naturaleza humana, sino que viola los principios generales del derecho internacional, pues dicho principio, al configurarse como *jus cogens* impide a los Estados adoptar medida alguna que resulte discriminatoria; tal concepción da cuenta de la visión de seres humanos iguales en goce de derechos y titulares de una dignidad irreductible que prohíbe la segregación.

Concretamente, en cuanto a la orientación sexual la Corte ha establecido que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”¹⁵⁶, conclusión a la que llegó luego de mencionar que los criterios convencionales del artículo 1.1 sobre los cuales está prohibido discriminar no son un listado taxativo sino enunciativo, dejando abierta la posibilidad de incluir nuevos criterios bajo la expresión “cualquier otra condición social”¹⁵⁷, a fin de proteger a las personas de nuevas formas de discriminación. La Corte respaldó su criterio con los precedentes del Tribunal Europeo, que en casos como *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, y *Clift contra Reino Unido*, en los que se sostuvo que la orientación sexual debe asumirse como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición” que refiere el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De igual forma, la Corte subrayó lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General Nro. 20 en el cual, dicho organismo

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Aptiz Barbera vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 209.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 2 de febrero de 2012, Párr.91, <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social” a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁵⁸.

Así, la Corte sostuvo que: “está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”¹⁵⁹; criterio ampliamente desarrollado por el organismo en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*.

Adicionalmente, el pleno de la OEA ha adoptado seis resoluciones sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, la última de ellas fue la resolución AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) que reitera en gran parte lo señalado en las anteriores y en cuya parte resolutive expone:

Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias en su vida privada.¹⁶⁰

De ello se desprende que existe un consenso internacional americano acerca de la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, aspecto que debe ser tomado en cuenta para lo señalado referente del margen de apreciación, pues al existir dicho consenso los Estados no pueden usar tal argumento a su favor a fin de realizar distinciones

¹⁵⁸ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 20.*, párr. 32.

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 91.

¹⁶⁰ Organización de Estados Americanos, resolución AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>.

basadas en la orientación sexual que configuren discriminaciones, pues al ser una categoría protegida por la convención y la OEA debe velarse por que el grupo de personas GLBTI gocen de todas las libertades y derechos humanos, especialmente los garantizados en la Convención como la familia y matrimonio.

2.2.La familia en el derecho internacional de los derechos humanos

2.2.1. *La familia en el Sistema Universal y Europeo de Derechos Humanos.-*

La familia ha sido concebida como un derecho humano en instrumentos internacionales como la Declaración Universal, cuyo artículo 16.1 menciona: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. De igual forma el Pacto en su artículo 23 expone:

Artículo 23.1 La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes¹⁶¹.

Así, el tratado al referirse a la familia como “elemento natural y fundamental”, no expresa, una definición precisa de la institución¹⁶², ello según la Observación General 19, del Comité da razón de su flexibilidad “El Comité observa que el concepto de familia puede

¹⁶¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>>.

¹⁶² O'Donnell, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 823.

diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto”¹⁶³.

Asimismo, la Observación General No. 16 relativa al artículo 17 del Pacto establece que el término familia debe interpretarse con “un criterio amplio”¹⁶⁴. En el caso Balaguer contra España el Comité dictaminó “es necesario que existan ciertos requisitos mínimos para la existencia de una familia, como la vida en común, lazos económicos, una relación regular e intensa, etc”¹⁶⁵, aspectos que evidencian realmente la sustancia del derecho a fundar una familia. En este sentido, el Comité claramente expone que existen varios tipos de familia, así por ejemplo menciona a las familias nucleares, extendidas, monoparentales, y las conformadas por una pareja no casada y sus hijos¹⁶⁶.

En tal virtud, se ha entendido que el término familia es amplio y de varios tipos, debe por tanto ser concebido y protegido como tal por parte de los Estados, quienes no pueden ser indiferentes a las nuevas formas familiares basados en un criterio tradicional, sino más bien en el sentido afectivo de la institución, tal y como lo afirmó el Comité en el caso Mónaco, en el que por ejemplo reconoció que la relación entre abuela y nieta merecía la protección en tanto relación de familia¹⁶⁷.

De igual forma, en referencia a las familias conformadas por personas LGTBI el Tribunal Europeo ha sostenido que existe una familia cuando hay una *relación sentimental*

¹⁶³ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19*, párr. 2.

¹⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16*, párr. 5. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>.

¹⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, *caso Balaguer contra España*, párr. 10.2. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/417-1990.html>.

¹⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19*, párr. 2. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>.

¹⁶⁷ O'Donnell, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 826.

de la que se deriva un proyecto común de vida entre dos personas del mismo sexo¹⁶⁸. Para llegar a esta afirmación, el organismo entendió que las relaciones familiares son parte del entorno de la intimidad de la persona; así pues, el Comité afirmó que el derecho a fundar una familia implica entre otros la posibilidad de una vida común, y ello incide en la vida privada de las personas¹⁶⁹.

Lo antes expuesto, refleja que la familia es parte fundamental de la vida privada de las personas, tal y como lo indica el artículo 17 del Pacto; y por lo cual el individuo tiene derecho a ser protegido contra injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas. Sobre este punto el Comité en su Observación General N.º 16 ha sostenido que debe diferenciarse entre la ilegalidad y arbitrariedad de las injerencias prohibidas, la primera da cuenta de que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley, que debe tener en cuenta las consideraciones expuestas en el Pacto¹⁷⁰; lo segundo en cambio refiere que una medida legal puede ser arbitraria en cuanto a que directa o indirectamente viola los derechos del Pacto¹⁷¹. Bajo este estándar, si un Estado no reconoce y garantiza los núcleos homoafectivos, violaría expresamente el tratado, motivo por el cual, los Estados deben tener especial cuidado al expedir normas regulatorias de la vida familiar, y tener en cuenta que la adquiere su validez al ampliar, más no restringir derechos.

Asimismo, el Tribunal Europeo reconoció como familia a los núcleos conformados por personas LGBTI. Así pues, en 1996 el Tribunal tuvo la oportunidad de reconocer la

¹⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, “Observación General No. 19”, párr. 3.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, “Observación General No. 16”, párr. 3

¹⁷¹ *Ibíd.*, párr. 4.

existencia de una vida familiar en un hogar compuesto por un transexual, su pareja y el hijo de su pareja¹⁷².

Posterior a ello, el Tribunal en el caso *Salgueiro Da Silva Mouta* contra Portugal sostuvo que una distinción a propósito de la familia nuclear basada sobre la orientación sexual no estaría justificada desde la Convención Europea. Más tarde, en el caso *Kerner* contra Austria, el Tribunal consideró que entender y proteger a la familia en su sentido tradicional era un argumento “*abstracto*” que carece de base jurídica¹⁷³. Finalmente en el caso *Schalk y Kopf contra Austria*, el Tribunal estableció que la relación entre una pareja del mismo sexo está protegida en la noción de vida familiar de la misma forma que una pareja heterosexual.¹⁷⁴

2.2.2. La familia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-

Cabe apuntar que la Convención Americana en su artículo 17 consagra el derecho a fundar una familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

¹⁷² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso X. Y. y Z. contra Reino Unido*, sentencia de 27 de abril de 1997, párr. 37.

¹⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Kerner contra Austria*, sentencia del 24 de julio de 2003, párr. 41; véase además en los casos *Kozak contra Polonia*, sentencia de 2 de marzo de 2010, párrs. 98 y 99; caso *Marckx v Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 31.

¹⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Schalk y Kopf v Austria*, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 91.

En tal virtud, la Corte ha sostenido que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma... el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”¹⁷⁵, conclusión a la que llegó debido a que sostuvo:

Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷⁶.

Por tanto, ha de entenderse que la interpretación de los tratados de derechos humanos, son dinámicos pues su objetivo es tutelar los derechos de las personas, que con el pasar del tiempo van adquiriendo nuevas formas de expresión.

Asimismo, la Corte afirmó que la imposición de un concepto único de familia “debe ser analizado, no solamente como una posible injerencia arbitraria o ilegal a la vida privada, lo que caracteriza una violación del artículo 11.2, sino también a causa del impacto que puede tener con la unidad familiar, lo que se relaciona con las disposiciones del artículo 17.1 de la Convención¹⁷⁷.

En este sentido, la orientación sexual al ser parte de la intimidad personal determina en el individuo la posibilidad de formar una familia, nos referimos especialmente a aquellas conformadas por personas LGTBI. En este sentido la Corte en el caso Atala Riffo expuso:

“la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 142.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 83.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 175.

las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”¹⁷⁸.

Por ello, “una pareja del mismo sexo que cohabitan viviendo en un estado de sociedad de hecho, está incluida en la noción de vida familiar”¹⁷⁹. En tal virtud, es claro que: la concepción de familia ampliada, intimidad, así como la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual concluyen que las personas LGTBI pueden conformar una familia, misma que está claramente protegida por DIDH.

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual¹⁸⁰.

Asimismo, en referencia a la familia homoparental, la Corte en el caso *Atala Riffo* en el que se discutió la idoneidad de una madre para cuidar a sus hijas, pues el operador judicial de chileno determinó que la orientación sexual homosexual (de la madre) era una categoría que impedía desarrollar la custodia de las niñas, más aún, cuando convivía con su pareja. Las

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 136.

¹⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Schalk y Kopf v Austria*, párr. 81.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 111.

niñas, al entender del juzgador, corrían un gran riesgo de ser discriminadas por la calidad de la madre. Ante ello, la Corte enfáticamente sostuvo que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos de la orientación sexual, dichas concepciones no responden a la garantía del interés superior del niño¹⁸¹.

De igual forma se sostuvo que no se puede justificar la restricción de un derecho en una presunción de discriminación, pues como se ha señalado son los Estados quienes tienen la obligación de eliminar toda forma de discriminación tanto en las esferas públicas como privadas¹⁸², ello sumado a que científicamente no existe evidencia que la crianza de niños por parte de parejas del mismo sexo afecte de manera alguna su desarrollo¹⁸³.

2.3. Matrimonio GLBTI y el Derecho Internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana:

En líneas anteriores se apuntó lo expresado por los tratados internacionales acerca del matrimonio, sobre lo cual debemos señalar que es un derecho humano del hombre y la mujer, basado en la igualdad y libre consentimiento. Cuando se adoptaron los tratados la realidad de ese entonces no dimensionó que en el futuro personas GLBTI pudiesen llegar a presentar la necesidad de conformar una familia y matrimonio, no en cuanto derecho de un colectivo específico sino en tanto al derecho y libertad que como personas en igualdad les asiste.

A pesar que la concepción de familia actualmente es amplia y protege a los núcleos familiares GLTBI, los organismos internacionales no han sostenido directamente que el matrimonio en tanto derecho impone a los Estados la obligación de garantizar que las personas del mismo sexo puedan celebrar matrimonio entre sí. Sin embargo, se han dado

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*, 119.

¹⁸³ *Ibíd.*, 128.

argumentos que indican que aquellos Estados que permiten el matrimonio igualitario, lo hacen en virtud de la plena eficacia de los derechos.

Así pues, el Tribunal Europeo, en virtud del artículo 12 del Convenio Europeo -el hombre y la mujer tienen derecho a casarse- en principio sostuvo que el concepto tradicional del matrimonio se basaba exclusivamente en la unión entre personas de sexo biológicamente diferente¹⁸⁴, visión heterosexual de la institución, misma que debía ser “vigilada de manera constante por los Estados Partes para determinar si existía aceptación social del fenómeno”¹⁸⁵.

Posterior a ello, en el caso *Christine Goodwin* contra Reino Unido, el Tribunal cambió radicalmente su jurisprudencia, sostuvo que los criterios biológicos no son determinantes para interpretar el matrimonio, por lo cual se debe caminar hacia una evolución internacional¹⁸⁶ y aceptar que se han producido cambios sustanciales en la institución matrimonial; así pues, en el caso en mención, en el que se discutió sobre el reconocimiento del matrimonio de una persona transexual con una heterosexual, el organismo afirmó: “el tribunal no encuentra ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados en todas circunstancias de contraer matrimonio”¹⁸⁷, de igual forma, el precedente concluye que en la actualidad, el derecho a contraer matrimonio no puede vincularse en función del sexo

¹⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del caso *Rees contra Reino Unido*, Sentencia de 17 de octubre de 1986, párr. 49.

¹⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sheffield y Horsham v Reino Unido*, sentencia de 30 de julio de 1998, párr. 60.

¹⁸⁶ Alejandro Torres, “El Derecho a Contraer Matrimonio”. En Javier García editor *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2005), 623.

¹⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Christine Goodwin v Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 100.

biológico opuesto de los contrayentes¹⁸⁸, pues ello forma parte de la esfera irreductible de la intimidad y vida privada.

Posteriormente, en el 2012 el Tribunal conoció el caso *Schalk y Kopf* contra Austria en el que una pareja homosexual solicitó contraer matrimonio. En dicho caso, el Estado únicamente reconocía la unión matrimonial heterosexual, por lo cual los peticionarios sintieron violados sus derechos a la igualdad y matrimonio. Frente a ello, el Tribunal recalcó que: la Convención Europea es un instrumento vivo que debe interpretarse bajo las condiciones actuales¹⁸⁹. Asimismo, subrayó que los Estados deben garantizar la no discriminación por orientación sexual de las personas en referencia al goce de los derechos consagrados en el tratado¹⁹⁰ y el derecho a la intimidad, cuya protección radica en evitar cualquier interferencia ilegítima y arbitraria en relación a personas del mismo sexo¹⁹¹; empero, no acogió el argumento de los demandantes, pues señaló que no existe consenso internacional en la materia (matrimonio personas del mismo sexo), por lo que el Estado tiene un margen de apreciación alto y puede decidir sobre la regulación interna del matrimonio.

Dicho lo cual, el organismo afirmó que si un Estado no reconoce el derecho a contraer matrimonio a las personas LGTBI entre sí, no viola el Convenio Europeo; sin embargo estableció que el artículo 12 del Convenio no se refiere exclusivamente al matrimonio entre personas de diferente sexo¹⁹².

¹⁸⁸ Santiago Cañamares, *El Matrimonio Homosexual en Derecho Español y Comparado* (Madrid, España: IUSTEL 2007), 113.

¹⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso Schalk y Kopf contra Austria*, párr. 46.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, 47.

¹⁹¹ *Ibíd.*, 90.

¹⁹² *Ibíd.*, 108.

En el Sistema Interamericano, la Corte en el caso *Atala Riffo*, si bien no se pronunció acerca del derecho a contraer matrimonio entre parejas LGTBI sostuvo que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”¹⁹³; de igual forma expuso enfáticamente que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana”¹⁹⁴.

En este sentido, es preciso identificar si el artículo 17.2 de la Convención concibe al matrimonio como una unión heterosexual, o si la expresión “del hombre y la mujer” se refiere a un derecho de todas las personas independientemente de su orientación sexual, disyuntiva que debe resolverse bajo criterios de interpretación.

Según la Corte, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”¹⁹⁵; por ello, los derechos consagrados en la Convención son normas que guardan coherencia entre sí (interpretación sistemática), y por tanto no se puede dar lectura del artículo 17.2 de forma aislada, sino junto a otros derechos que están íntimamente relacionados, como la igualdad y no discriminación (artículo 1.1 y 24), personalidad jurídica (artículo 3) y privacidad (artículo 11).

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 92.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 93

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso González Suárez y otros (Campo Algodonero) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Párr. 43.

Como se ha señalado, el artículo 1.1 consagra la prohibición de discriminación y restricción a las personas del goce de derechos como familia y matrimonio, fundamentada en criterios de orientación sexual o identidad de género. Dicha prohibición consagra una garantía que tienen las personas frente al Estado, misma que impide la adopción de cualquier medida que restrinja ilegítimamente sus derechos.

Entonces, en cuanto al derecho convencional a contraer matrimonio, se debe tutelar su goce en condiciones de igualdad y libertad, tanto de hombres como de mujeres, independientemente de su orientación sexual. Asimismo, el artículo 24 contempla la igualdad y no discriminación frente a ley; por lo cual los Estados no deben adoptar normativa que persiga como fin o de cómo resultado una discriminación. Por lo expuesto, un Estado al restringir la libertad de goce del derecho a contraer matrimonio de las personas GLBTI, crea una restricción ilegítima que vulnera la dignidad humana.

Entonces, si una norma impide contraer matrimonio entre sí a personas del mismo sexo, dicha norma no puede justificarse como objetiva y razonable debido a que no crea una distinción a fin de valorar la dignidad humana y tutelar la igualdad; pues la norma estrictamente impide el ejercicio de derechos a un grupo de personas; segregando así, a un colectivo, por desarrollar características inherentes a la dignidad y naturaleza de la persona. De considerarse admisible, se estaría justificando la facultad del Estado de restringir derechos bajo el argumento de la orientación sexual, vulnerando gravemente derechos de libertad, personalidad jurídica, dignidad e intimidad.

En cuanto a la afectación al derecho a la personalidad jurídica, es apropiado recordar lo sostenido por la Corte en el caso Bámaca Velásquez, en el que interpretó el artículo 3 de la Convención según la Declaración Americana que textualmente menciona:

“Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes¹⁹⁶”.

Por tanto, el restringir el derecho a contraer matrimonio a personas GLBTI es un desconocimiento de la titularidad del derecho al matrimonio, consolidando una discriminación desde la ley, que no reconoce su unión y lesiona la dignidad inherente a su personalidad.

Es clara la conexidad de derechos, una persona que construye su identidad sobre la base de su orientación sexual, planifica su vida y su felicidad en torno a ello¹⁹⁷; por lo que, es razonable que manifieste el deseo de unirse a otra y realizarse como ente libre y autónomo; se trata del derecho humano a ser uno mismo¹⁹⁸.

En esta línea, la Corte en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* determinó que el derecho al proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.”¹⁹⁹, por tanto, la imposibilidad de acceder a un derecho como el matrimonio imposibilita el pleno goce de los derechos convencionales y la libertad que una persona tiene de elegir su proyecto de vida.

¹⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 179.

¹⁹⁷ Pampillo y Munive, “El Derecho Internacional Privado”, 462.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 463.

¹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo Vs. Perú* sentencia del 17 de septiembre de 1997. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

De igual forma, bajo una interpretación teleológica de la Convención²⁰⁰, se debe analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual, es pertinente revisar el objeto y fin del tratado mismo. Por lo que, entre dos interpretaciones que sean posibles a partir de un mismo enunciado normativo de la Convención debe escogerse aquélla que mejor proteja los derechos humanos. Es decir, si tenemos una interpretación que permite mantener figuras históricas de discriminación bajo el falso argumento de no existir un consenso internacional, se viola la interpretación de progresividad que caracteriza a los tratados internacionales, así como los derechos de libertad, familia, igualdad y personalidad jurídica; todo ello, gracias a que como se ha mencionado existe un acuerdo internacional de no aceptación de distinciones normativas en base a la orientación sexual, menos aún, si este argumento se basa en una falta de consenso interno, pues ya se señaló que un derecho Convencional no puede estar subordinado a la voluntad social del momento.

Dicho lo cual, no debe olvidarse que las restricciones Convencionales del matrimonio son únicamente la edad, y libre voluntad; por ello, el matrimonio debe entenderse como el acto de dos personas hombre y mujer, independientemente de su orientación sexual (si el acto es entre personas de igual o distinto sexo), que de manera libre y legalmente capaces unen sus voluntades para realizar un proyecto de vida comunitario, por medio del cual adquieren especial protección legal y pueden constituir jurídicamente una familia matrimonial.

Se debe subrayar que el artículo 17.2 no solo consagra el derecho al matrimonio, sino también el derecho a fundar una familia, y sobre el aspecto apuntamos que el derecho internacional entiende que existen diversas formas de familia, a tal punto que los núcleos

²⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otros (Campo Algodonero) vs. México*, Párr. 59.

formados por personas LGBTI son familia pues la orientación sexual no determina la formación o no de las relaciones familiares; si ello ha quedado claro, no debería adoptarse un criterio diferente en cuanto al vínculo matrimonial como forma jurídica familiar.

Finalmente, es importante mencionar que dentro de los instrumentos internacionales a nivel universal y en referencia a los derechos del colectivo GLBTI, existen los “Principios de Yogyakarta” desarrollados por expertos en derechos humanos, entre ellos funcionarios de los principales organismos internacionales en la materia. Particularmente, en relación a la igualdad, familia y matrimonio el documento afirma que todas las personas tienen derecho a formar una familia matrimonial, independientemente de su orientación sexual o identidad de género²⁰¹, por lo cual, el Estado debe brindar las garantías necesarias para asegurar tal derecho, incluso mediante procedimientos médicos²⁰², todo ello teniendo en cuenta el principio de no discriminación. Asimismo, los Estados deben garantizar a todas las personas el goce efectivo de los derechos humanos; así como el reconocimiento de la capacidad jurídica en asuntos civiles, entre otros, de celebrar contratos como el matrimonio en total igualdad²⁰³.

²⁰¹ Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, presentada el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Principio 24.

²⁰² *Ibíd.*, Principio 17.

²⁰³ *Ibíd.*, Principio 3.

CAPITULO III

Fundamentos constitucionales para una concepción igualitaria del matrimonio hacia una protección de la familia

En el presente capítulo desarrollamos los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos en la normativa constitucional, su desarrollo y las obligaciones que de ellos se desprenden.

Posteriormente, se analiza la igualdad, familia y matrimonio, como preceptos constitucionales, desde su desarrollo en la Asamblea Constituyente de Montecristi hasta la interpretación constitucional que debe aplicarse para garantizar los derechos del colectivo GLBT frente a la familia y el matrimonio; finalmente, se expondrá la argumentación jurídica de decisiones judiciales que en torno al matrimonio igualitario han expedido jueces ecuatorianos.

3.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Ordenamiento Jurídico Interno:

En líneas anteriores hemos referido al corpus jure del derecho internacional de los derechos humanos y la protección que brindan los organismos internacionales en relación a la igualdad, familia y matrimonio. Dicha protección se fundamenta en el deber que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos, cumpliendo así con lo pactado en los tratados internacionales de la materia.

En este sentido, puede apreciarse por un lado el ordenamiento jurídico internacional (aspecto externo) y por otro, el ordenamiento jurídico interno que desarrolla cada Estado (aspecto interno); ámbitos que la doctrina ha tratado bajo las teorías monista y dualista, la

primera referente a que los dos sistemas deben desarrollarse como complementarios en sentido armónico, y la segunda (dualista) acerca de que son ordenamientos con sujetos y obligaciones distintas²⁰⁴.

A lo largo de los años, fueron las constituciones de cada estado quienes determinaron la complementariedad de los sistemas (orientándose por la doctrina monista), dotando de jerarquía a las fuentes del derecho internacional y sus obligaciones; ello en el entendido que el DIDH es subsidiario y complementario al sistema jurídico nacional²⁰⁵.

El derecho internacional se caracteriza por sus diversas fuentes, una de ellas es el “tratado internacional”, instrumento jurídico que por excelencia rige la normativa internacional²⁰⁶; sin embargo, éste no debe ser considerado como único, debido a que existen otras fuentes como: el *jus cogens* o normas imperativas del derecho²⁰⁷, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia internacional, y la doctrina de mayor relevancia²⁰⁸.

Dichas fuentes son reconocidas y consagradas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38), siendo aplicables a la rama del derecho internacional de los derechos humanos, misma que “ha alcanzado una importancia tal que varios estados latinoamericanos han decidido plasmar en sus constituciones disposiciones que otorgan a los

²⁰⁴ Juan Montaña Pinto, *Teoría Utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 134.

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva No. 10* (14 de julio de 1989), párr. 37, <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>>.

²⁰⁶ Christian Masapanta Gallegos “El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 15, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2910/1/T1034-MDE-P%20c3%a9rez-El%20control.pdf>>.

²⁰⁷ Arturo Pagliari, *Fragmentación del derecho internacional aplicación y efectos* (s.l: s.f), 11, <<http://www.oas.org/dil/esp/6%20-%20pagliari.127-184.pdf>>.

²⁰⁸ Marycarmen Color Vargas, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, 1ª ed. (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 18.

instrumentos internacionales de derechos humanos, la categoría de normas de rango constitucional e incluso supra constitucional por la importancia fundamental de sus contenidos, que tienden a la protección de los seres humanos”²⁰⁹. De allí que en Ecuador, desde la Constitución de 1998 se otorgó a los tratados internacionales de derechos humanos un rango de norma constitucional, para actualmente en la Constitución del 2008 abrir el espacio a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así pues, la Constitución de la República de Ecuador (en adelante “la Constitución” o “CRE”) al definir al estado como “Constitucional de Derechos y Justicia”²¹⁰ reafirma la centralidad de los derechos, mismos que constituyen un deber en el accionar del Estado (artículo 3.1 CRE).

La carta constitucional consagra la directa aplicación de los derechos y garantías establecidos en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 11.3 y 426 CRE); disponiendo que los jueces y juezas administren justicia con sujeción a los mismos (artículo 172 CRE) bajo el enfoque de los principios pro ser humano, de no restricción, aplicabilidad directa y clausula abierta (artículo 417 CRE). Cabe resaltar que las disposiciones indicadas no solo refieren a tratados sino a “instrumentos internacionales”, es decir, a todas aquellas fuentes, anteriormente mencionadas, que conforman el derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, la Constitución, dispone jerárquicamente, a los tratados internacionales, por debajo de la misma (artículo 424 CRE). Sin embargo, dota de prevalencia constitucional a aquellos tratados de derechos humanos que reconocen derechos más favorables a los

²⁰⁹ Masapanta, “El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador”, 17.

²¹⁰ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República de Ecuador*, artículo 1.

contenidos en la constitución (artículo 424 CRE); así como dispone la garantía normativa de adecuar formal y materialmente toda norma a lo dispuesto por la Constitución y tratados internacionales referentes a la protección de la dignidad humana (artículo 84 CRE).

Con estos antecedentes, es preciso puntualizar la relación entre derecho internacional de los derechos humanos y ordenamiento jurídico en el constitucionalismo ecuatoriano.

3.1.1. Obligaciones de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.-

Como se entiende, en Ecuador no solo son exigibles y directamente aplicables los derechos humanos consagrados en los tratados de *hard law*, sino además aquellos consagrados en fuentes como el *soft law*²¹¹.

Así pues, la Corte Interamericana ha sostenido que “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas; esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial...”²¹², de allí que tanto la Convención Americana (artículo 2), como en el Pacto (artículo 2.2) mencionan que es deber de los Estados adecuar su ordenamiento a lo dispuesto por el tratado.

Por tal razón, la Corte Interamericana en varios casos contenciosos ha observado la existencia de normas manifiestamente contrarias a derechos Convencionales, por lo cual se ha declarado su incompatibilidad, ordenando al Estado que prescinda de las mismas e implemente el “control de convencionalidad”. A manera de ejemplos, en el caso Suarez

²¹¹ Vargas, “Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos”, 38.

²¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile (Sentencia de 5 de febrero de 2001), párr. 87.

Rosero contra Ecuador, la Corte observó que el –entonces- código penal vigente privaba del recurso de habeas corpus a los procesados por delitos relacionados a sustancias estupefacientes y psicotrópicas, frente a lo cual se consideró que dicha norma violaba el artículo 2 de la Convención²¹³.

De igual forma en el caso Barrios Altos contra Perú la Corte determinó que las leyes de amnistía que imposibilitaban la investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos eran incompatibles con la Convención Americana y por tanto carecen de efectos jurídicos²¹⁴.

En cuanto a normas de rango constitucional, la Corte en el Caso Olmedo Bustos contra Chile determinó que el artículo 19 numeral 12 de la Constitución chilena contenía un precepto contrario a la Convención, debido a que permitía un sistema de censura cinematográfica, lo cual reñía con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión:

En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención... 4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto²¹⁵.

²¹³Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, (Sentencia de 12 de noviembre de 1997), párr. 98.

²¹⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos Vs. Perú*, (Sentencia de 14 de marzo de 2001), párr. 41-44.

²¹⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*, párr. 88 y punto 4 fallo.

Frente a lo cual, Chile reformó su Constitución y la ley que desarrollaba la censura. Asimismo, en el caso *Caesar contra Trinidad y Tobago* se discutió acerca de una ley que permitía la imposición de penas corporales a delincuentes varones mayores de 18 años²¹⁶, y que su Constitución establecía la imposibilidad de impugnar cualquier norma anterior a la entrada en vigencia de la misma (caso de la ley); por lo que tanto la ley como el precepto constitucional que impide su impugnación fueron declarados contrarios a la Convención:

La Corte ha establecido que “la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 ... La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales²¹⁷.”

Así, el DIDH, a través de fuentes como los tratados, jurisprudencia y doctrina, ha consolidado un sistema jurídico de protección y cumplimiento de los derechos, para garantizar lo pactado y fortalecer los principios generales de interpretación, como el de progresividad, mismo que constituye una directriz de interpretación de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en los ordenamientos jurídicos de aquellos Estados que consagran su eficacia.

De esta forma, la convención Americana (art. 29), como la Constitución ecuatoriana (art. 423. 3) consagran el principio de progresividad, impidiendo en tal virtud, una lectura restrictiva de derechos; garantizando así su permanente desarrollo. Así pues, el principio de

²¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Ficha técnica, <<http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/jurisprudencia/40-resumen/1354-ficha-tecnica-caso-caesar-vs-trinidad-y-tobago>>.

²¹⁷ *Ibíd.*

progresividad implica una interpretación evolutiva de los derechos, tal y como lo sostuvo la Corte en su Opinión Consultiva Nro. 16 ha sostenido que “[Una] interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados”²¹⁸. De igual forma, lo afirmó la Corte Internacional de Justicia “la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho”²¹⁹.

Consecuentemente, la interpretación progresiva debe ser utilizada para desarrollar y garantizar en mejor forma los derechos humanos, pues dicho principio implican el desarrollo de un derecho en un contexto social e histórico; por lo que, tanto la familia como el matrimonio deben ser vistas bajo la perspectiva evolutiva y garantista, tendiendo siempre a tutelar las nuevas formas de manifestaciones familiares diferentes al paradigma patriarcal, así como ampliar la protección del matrimonio sin discriminación alguna, en cumplimiento de los tratados e instrumentos internacionales citados anteriormente.

Dicho lo cual, tanto la Convención como el Pacto, y demás tratados mencionados en el capítulo anterior, adquieren en virtud del artículo 424 de la Constitución, rango constitucional. Razón por la cual, sus derechos, principios y jurisprudencia adquieren relevancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; máxime, si desarrollan en mejor forma derechos y libertades constitucionales; pues en este caso, su aplicación está dotada de prevalencia.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, en los dictámenes N.º 025-10-DTI-CC y 028-10-DTI-CC reafirmó el rango de constitución de los tratados internacionales de derechos humanos

²¹⁸ *Ibíd.*, 114.

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva No. 16* (1 de octubre de 1999), párr. 113.

El Estado ecuatoriano ha asumido compromisos internacionales que gozan de aplicación directa sobre la legislación interna; adicionalmente, recordemos que los Tratados que involucran a los Derechos Humanos gozan de una jerarquía Constitucional, según lo establece el artículo 424 de la Constitución vigente, frente a lo cual los operadores judiciales deben aplicar directamente la normativa internacional relativa a la protección de derechos constitucionales²²⁰.

La Constitución ecuatoriana determina que los instrumentos internacionales de derechos tienen una jerarquización suprallegal, pero infraconstitucional, a excepción de los tratados acerca de Derechos Humanos, que por naturaleza tutelar gozan de un rango similar a la constitución; por ende cualquier instrumento internacional debe ser contrastado con las con las normas contenidas en la Constitución de la República, asegurándose de esta forma la supremacía material de la Constitución²²¹.

3.2. Derechos de libertad: igualdad, familia y matrimonio en la Constitución ecuatoriana:

3.2.1. El colectivo GLBTI y el reconocimiento de sus derechos humanos.-

Históricamente las personas con diferente orientación sexual e identidad de género han sufrido criminalización, violencia, exclusión, discriminación e invisibilización; de allí que la lucha del colectivo GLTBI tiene como objetivo la reivindicación de su identidad, libertad y el goce efectivo en condiciones de igualdad de sus derechos humanos.

Específicamente en Ecuador, el colectivo GLTBI tiene su origen en 1986 año en el que se crea “Entre Amigos” primera organización, dedicada a hacer pública las denuncias de

²²⁰Corte Constitucional del Ecuador, dictamen N.º 025-10-DTI-CC, causa N.º 0028-10-TI.

²²¹ Corte Constitucional del Ecuador, dictamen N.º 028-10-DTI-CC, causa N.º 0024-10-TI.

violaciones a los derechos de homosexuales y transgéneros²²², fundamentalmente aquellas que se cometían en operaciones policiales.

En este contexto, se presentaron en el país los primeros casos de VIH, por lo cual la Dirección Provincial de Epidemiología determinó que las trabajadoras sexuales y homosexuales eran una “población sujeta a control”²²³, ello implicó que se realicen detenciones masivas a fin de obligar a dichas personas a someterse a pruebas de inmunodeficiencia humana²²⁴. Estos hechos consolidaron una directa asociación entre homosexualismo y VIH; lo cual fue utilizado por el colectivo como estrategia para visibilizar sus problemas y violaciones a sus derechos²²⁵.

Bajo este panorama, en 1997 se produjo “la detención masiva de cien homosexuales en la ciudad de Cuenca... [Ello] desata denuncias y solidaridades que crean el ambiente propicio para denunciar la inconstitucionalidad del primer inciso del Art. 516 del Código Penal ecuatoriano”²²⁶ que en forma expresa sostenía: “En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años...”²²⁷. En tal virtud, el Tribunal Constitucional mediante sentencia No. 111-97-TC declaró la inconstitucionalidad de dicho inciso, cuyo efecto marcó un nuevo rumbo en la lucha del colectivo GLTBI, especialmente en su visibilización sin temor a ser criminalizados.

Lo antes mencionado, da cuenta que en nuestro país se empleó la naturaleza del derecho penal como “instrumento de control social que tiene el objetivo de obtener

²²² Marcela Rivera, “El proceso de consolidación del movimiento GLBT en Ecuador”, *La Boletina*, junio, 2006, 4

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Efraín Soria, coordinador de la Fundación Equidad y Género, entrevistado por Alexander Barahona, Quito 7 de octubre, 2014.

²²⁶ Judith Salgado, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, *Revista Aportes Andinos* N° 11. (Octubre 2004): 1.

²²⁷ *Ibíd.*

determinados comportamientos individuales en la vida social a través de mecanismos de coerción”²²⁸ para así crear una cultura heterosexual, que discrimina y rechaza a las personas GLBT en virtud de su identidad sexual y de género. Ello sumado a elementos religiosos que en una sociedad mayoritariamente cristiana, consolida una conciencia colectiva heteropatriarcal de prejuicio y discriminación, que si bien –actualmente- no trasciende a permitir la privación de la libertad a las personas GLBTI, tampoco permite el efectivo goce en condiciones de igualdad de sus libertades y derechos humanos.

En la Constitución de 1998 se reflejó una reivindicación por la igualdad en derechos del colectivo GLBT, debido a que el texto constitucional consagró la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual (artículo 23.3), el derecho a la identidad y el derecho de las personas a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual (artículo 23. numerales 24 y 25). Evidenciando de esta forma una protección igualitaria inicial de los derechos GLBT en la normativa y cultura social.

Posteriormente, en el 2007 la Asamblea Constituyente de Montecristi consagró en la nueva Constitución un amplio catálogo de derechos que concretamente en torno al colectivo GLBTI presenta dos enfoques, uno garantista y otro restrictivo. El garantista responde a los derechos consagrados de igualdad y no discriminación, por razones de –entre otros- identidad de género y orientación sexual (artículo 11.2); de igual forma se tutelan los derechos derivados de la dignidad humana (artículo 11.7), el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la orientación sexual (artículo 66. 9), el derecho a la integridad sexual (artículo 66.3), el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66. 4), el derecho al libre desarrollo de la personalidad

²²⁸ *Ibíd.*, 2

(artículo 66. 5), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 66.20), el derecho a la identidad personal (artículo 66. 28), el reconocimiento a las familias en sus diversos tipos (artículo 67), las uniones de hecho entre dos personas (artículo 68), y el deber de respeto acerca del género, la orientación e identidad sexual de las personas (artículo 83. 14).

Por su parte, el enfoque restrictivo lo encontramos en torno al matrimonio y adopción. En cuanto al matrimonio, debido a que el texto constitucional lo define como “la unión entre un hombre y una mujer” (artículo 67 inciso único); por su parte, la adopción, según el texto constitucional, corresponde únicamente a parejas de distinto sexo (artículo 68, inciso único).

Dicho lo cual, prima facie, parecería la consagración de un doble estándar de derechos e igualdad; debido a que si bien, las personas GLBTI tienen derecho a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de su personalidad, identidad, intimidad familiar, orientación sexual, al respeto de su dignidad y al reconocimiento de sus uniones familiares. Estos derechos se ven limitados en torno a la celebración del contrato matrimonial, como libertad y forma de constitución familiar.

Dicha problemática requiere un análisis de los debates constituyentes en torno a la familia y el matrimonio, a fin de poder determinar las razones que motivaron al constituyente a emplear un estándar diferenciado, con efectos discriminatorios en virtud de la orientación sexual e identidad de género, limitando así los derechos y libertades de las personas GLBT.

Así, en forma general, debe señalarse que en la Asamblea Constituyente existieron diez mesas²²⁹, cada una de ellas encargadas de temas específicos con el objetivo de redactar y votar un informe en el que consten los artículos que irían a votación al Pleno de la

²²⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes, en Registro Oficial, Suplemento No. 223 (Montecristi, 30 de Noviembre 2007), art.3.

Constituyente y formarían parte del texto de la Constitución²³⁰. Específicamente, la mesa constituyente No. 1 de derechos fundamentales y garantías constitucionales, fue quien abordó los temas -entre otros- de familia y matrimonio; en su informe presentado al pleno acerca de familia y matrimonio se encuentran los siguientes artículos:

De las familias:

Artículo 1. El Estado reconoce la familia, en sus diversos tipos, y la protege como célula fundamental de la sociedad y garantiza las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges Artículo 2. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, que formen un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo²³¹

En el texto se evidencia un reconocimiento amplio de las familias, basado principalmente en la igualdad de quienes forman los diversos tipos del núcleo. De igual forma el matrimonio es amplio, hace relación al consentimiento, igualdad y capacidad de los contrayentes –no se aprecia el elemento heterosexual como esencial de dicha institución-. La unión de hecho por su parte, puede ser celebrada por dos personas libres de vínculo matrimonial. En ninguna de las tres instituciones se observa el enfoque heterosexual.

Posteriormente, el pleno de la Asamblea Constituyente conoció este articulado, y en sus debates sobre el mismo expuso únicamente argumentos acerca de la familia y las uniones

²³⁰ *Ibíd.*, artículo 8.5.

²³¹ Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional <Constituyente: 14-15, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg>.

de hecho, nada dijo acerca del matrimonio o la posibilidad de celebrar o no dicho contrato entre personas del mismo sexo. En cuanto a la familia, existieron posiciones divididas, por una parte varios asambleístas sostuvieron que no debe referirse a la familia en plural, pues existe una sola familia “compuesta por un solo tipo, esto es por un hombre y por una mujer y fruto de su relación vienen los hijos”²³², dicha especificación – se sostuvo- debe realizarse para no abrir la puerta a la familia homosexual²³³.

En forma diferente, otro grupo de asambleístas sostuvieron que es fundamental hablar de varios tipos de familia, debido a que actualmente la familia nuclear no responde a la realidad, pues existen diferentes formas de integrar una unión familiar “aquel modelo de mamá, papá, hijos, ya no es el único y la familia sigue siendo un sistema complejo que hay que entenderlo y que necesariamente el Estado tiene que garantizar la estabilidad y desarrollo de esa familia”²³⁴. Se expresó además, que la familia debe entenderse como institución sujeta a permanentes cambios, los cuales no deben ser vistos como síntoma de desmoronamiento de dicha institución²³⁵. Se subrayó que el reconocer la familia en sus diversos tipos es reconocer esa pluralidad que conforma el Estado²³⁶.

De igual forma, en torno a la unión de hecho se sostuvo que debe ser entre hombre y mujer, “la unión es entre un macho y una hembra, lo demás es antinatural”²³⁷, posición compartida por varios asambleístas quienes subrayaron que con dicho artículo “corre riesgo que puedan ser amparadas las uniones entre personas de la misma orientación sexual”²³⁸,

²³² *Ibíd.*, 69.

²³³ *Ibíd.*, 95.

²³⁴ *Ibíd.*, 64.

²³⁵ *Ibíd.*, 98.

²³⁶ *Ibíd.*, 28.

²³⁷ *Ibíd.*, 134.

²³⁸ *Ibíd.*, 59.

debiendo tenerse en cuenta la repercusión que un reconocimiento de tal naturaleza tendría en la sociedad que profesa principios éticos y morales²³⁹. Sin embargo, otros parlamentarios resaltaron que la nueva Constitución debe ser garantista e incluyente:

Esas grandes mayorías que existen en el país son las que queremos y quiere una Constitución incluyente, no seamos excluyentes al tratar un tema de grupos minoritarios del país. Legislemos completamente y hagamos una Constitución acorde para esos grandes grupos de nuestra sociedad²⁴⁰.

Asimismo, en referencia a la procreación como objetivo de la familia y unión de hecho, se expuso que éste no es un elemento esencial, pues existen núcleos afectivos que no pueden o quieren tener hijos, y ello no implica que el Estado no deba o pueda reconocer y protegerlos jurídicamente²⁴¹. Lo importante en dichas uniones –como se mencionó– es la formación de “una comunidad de vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas”²⁴², consideración que estuvo presente en el debate constituyente.

Lo antes expuesto, fueron los argumentos que el constituyente analizó en torno al articulado de familia, matrimonio y uniones de hecho; posiciones que como se evidencian no siempre respaldaron la ampliación de la familia, matrimonio y unión de hecho a personas con la misma orientación sexual o diferente identidad de género. Sin embargo, en el momento de la votación, la mayoría constituyente voto por una protección de la familia en sus diversos tipos, el matrimonio en forma amplia y una unión de hecho entre dos personas, al igual que

²³⁹Ibíd., 69.

²⁴⁰ Ibíd., 148-149.

²⁴¹Ibíd., 98.

²⁴²Julio Gavidia, *Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio* (s.l: s.f): 1, <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/REDC/61/REDC_061_017.pdf>.

se respetó el articulado en torno al matrimonio²⁴³; expresando en tal virtud, el espíritu garantista del constituyente, frente a las diversidades sexuales. Entonces, de la votación se entiende que el constituyente optó por una igual tutela de los derechos tanto de las personas heterosexuales como homosexuales; de tal razón que a pesar de existir oposición, la Asamblea se orientó por la garantía de los derechos humanos con un enfoque de igualdad.

Sin embargo, a escasos días de terminar la constituyente, el artículo de la familia que contenía la regulación del matrimonio, fue sometido a un procedimiento extraordinario de reconsideración; en el que a pesar de haber sido votado y aprobado por el pleno, podía considerarse nuevamente; dicho procedimiento era activado por cualquier asambleísta sin argumentación, y en el que no existía debate²⁴⁴. Consecuencia de ello, el nuevo texto propuesto se aprobó por la mayoría del pleno mismo que quedó en la siguiente forma:

Artículo.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.²⁴⁵

El nuevo texto aprobado se convirtió en el actual artículo 67 de la Constitución, en comparación con el anterior se observa que desaparece el principio de igualdad en la familia; así como se introduce una definición de matrimonio (heterosexual). Esto suscita varias inquietudes, debido a que en ningún momento el matrimonio fue objeto de debate, ni tampoco

²⁴³ Asamblea Constituyente. *Acta 89*. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, pág. 45.

²⁴⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, *Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes*, en Registro Oficial No. 236 (Montecristi, 20 de diciembre 2007), art. 56.

²⁴⁵ Asamblea Constituyente. *Acta 91*. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente, pág. 44.

el posible vínculo conyugal homosexual; distinto hubiese sido la reforma del texto referente a las uniones de hecho en el que se apreció oposición en cuanto a la posibilidad de amparar uniones GLBT, aunque claramente se decidió que dicha institución debía ser lo suficientemente amplia para garantizar – en igualdad y no discriminación- los derechos relativos a las uniones afectivas y patrimonio.

Por tanto, no deja de sorprender cómo mediante dicho procedimiento que no contemplaba debate -necesario pues se trata del reconocimiento de derechos en un proceso democrático auténtico²⁴⁶- se introdujo una definición de matrimonio cuyo efecto dio como resultado una exclusión de la institución a las personas por motivos de su orientación sexual e identidad de género; así como resulta contradictorio que el matrimonio se encuentre regulado en el capítulo de los derechos de libertad, que reconoce en principio la igualdad material (art. 66.4) y no discriminación para luego concebir una definición matrimonial con efecto discriminatorio (art. 67).

Ahora bien, si analizamos lo ocurrido en el contexto del desarrollo de la constituyente podemos mencionar, que si bien fueron muchos los temas de debate en la Constitución, los medios de comunicación, así como el escrutinio público se enfocaron en tres aspectos, que según el criterio de Judith Salgado fueron: a) la posibilidad de que la Constitución permitiera el aborto, b) la posibilidad de un matrimonio homosexual, c) la adopción²⁴⁷.

En igual forma debe indicarse que en América Latina la iglesia posee una directa incidencia en la ideología de las personas, explicando así la postura de muchos asambleístas,

²⁴⁶ Claudia Storini, “Derecho y Política” (conferencia, Derecho Parlamentario, ciencia política, y técnica legislativa, Quito 20 de octubre 2014).

²⁴⁷ Judith Salgado, docente Universidad Andina Simón Bolívar, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre, 2014.

quienes no se desvincularon del elemento religioso al abordar temas de familia, matrimonio, unión de hecho y adopción. El protagonismo de la iglesia fue fundamental para definir un apoyo político a la Constitución²⁴⁸, quien presionó socialmente al constituyente para que introduzca una definición heterosexual del matrimonio, a pesar que ello implicó contradecir normativamente los preceptos constitucionales²⁴⁹.

Sin embargo, la Constitución garantizó la unión de hecho, permitiendo de esta forma que las personas de manera libre e igualitaria puedan constituir un hogar de hecho sin importar la orientación e identidad de género de quienes la constituyan. Empero, ha resultado difícil la tarea de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Constitución en materia de unión de hecho de los GLBT, debido a que se necesitaron seis años después de la promulgación de la Constitución para que el Registro Civil mediante resolución: DIGERCIC-DAJ-2010-0027 de 22 de agosto de 2014, registre la unión de hecho como estado civil en la cédula de identidad²⁵⁰, y que los funcionarios públicos (notarios, jueces) no se opongan a darle trámite legal²⁵¹.

Sin duda, la unión de hecho ha sido una conquista notable que brinda un régimen de protección a uniones homoafectivas; empero, aún está presente la imposibilidad de acceder al contrato matrimonial, debiéndose resaltar que la unión de hecho y matrimonio son instituciones distintas, a pesar que el texto constitucional determina que la unión de hecho de acuerdo a su regulación legal generará los mismos derechos y obligaciones.

²⁴⁸ Judith Salgado, docente Universidad Andina Simón Bolívar, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre, 2014.

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ Pamela Troya, activista GLBTI, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre, 2014.

²⁵¹ Efraín Soria, coordinador de la Fundación Equidad y Género, entrevistado por Alexander Barahona, Quito 7 de octubre, 2014.

En todo caso, la discusión no radica en la diferencia de la naturaleza de dichas instituciones sino en la libertad de las personas para constituir una familia matrimonial y celebrar un contrato, lo cual al tenor del artículo 67 de la constitución es restringido por motivos de orientación sexual e identidad de género. Prueba de ello es que las personas homosexuales en Ecuador carecen de la libertad de proteger su unión bajo el contrato matrimonial, siendo segregados frente a dicha institución consagrada de acuerdo a criterios heteropatriarcales.

Entonces las personas GLBTI para proteger jurídicamente su unión afectiva deben forzosamente constituir unión de hecho, acto que a diferencia del matrimonio no es un contrato, sino una declaración²⁵². Es decir, las personas de diferente orientación sexual a la generalmente aceptada por la cultura son consideradas legalmente incapaces para celebrar un contrato, al igual que no son libres para determinar la identidad de la persona con quien contraer matrimonio. De igual forma, al optar por la unión de hecho las parejas deben justificar su relación sentimental en el transcurso del tiempo para acceder a sus efectos jurídicos²⁵³, empero, para su terminación, basta que uno de los convivientes opte por contraer matrimonio con una tercera persona para que la unión quede sin efectos jurídicos²⁵⁴, demostrando así la profunda desigualdad de garantía legal de una y otra institución. Entonces, la norma constitucional, desde una interpretación literal, condiciona la intimidad y sexualidad de las personas a tal punto que dispone con quien se debe vivir y auxiliar mutuamente, y en

²⁵² Ecuador, Código Civil, artículo 222 “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes. La unión de hecho podrá formalizarse ante la autoridad competente en cualquier tiempo”.

²⁵³ *Ibíd.*, artículo 223 “En caso de controversia o para efectos probatorios, se presumirá que la unión es estable y monogámica, transcurridos al menos dos años de esta”.

²⁵⁴ *Ibíd.*, artículo 226 “Esta unión termina: c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona (...)”

caso que dichas uniones requieran protección legal deberán ajustarse al amparo que el legislativo tenga a bien concebir en la unión de hecho.

Dicho lo cual, en cuanto a la igualdad, familia y matrimonio, es clara la afectación a derechos constitucionales contenidos en tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación, pues, personas GLBTI son discriminadas frente al matrimonio como institución, a los derechos en su dimensión de libre goce, y a la familia por la restricción injustificada de una forma de su constitución.

Así pues, como se expuso en líneas anteriores, “el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad”²⁵⁵, motivo por el cual la Corte Interamericana, *inter alia*, determinó:

“está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”²⁵⁶.

Razón por la que, al impedir la celebración matrimonial a personas GLBTI se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación como *ius cogens*²⁵⁷, así como el derecho a una libre constitución familiar y la libertad de celebrar contratos. Dicha cuestión debe ser resuelta de acuerdo a una hermenéutica constitucional bajo los señalados principios constitucionales

²⁵⁵ Simposio, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”, Anuario de Derechos Humanos, No. 7 (Universidad de Chile, 2011.): 78.

²⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. 91.

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr.101.

de progresividad y pro persona, para tutelar derechos y dar cumplimiento la regla de prevalencia constitucional de la mejor interpretación en materia de libertades y derechos.

Se debe recordar el criterio de la Corte Constitucional Colombiana anteriormente expuesto:

La Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo...²⁵⁸.

En esta misma línea, la Corte Interamericana ha sostenido que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”²⁵⁹.

Entonces, la restricción del matrimonio a personas homosexuales implica un desconocimiento a la dinámica y evolución familiar, a la libertad en condiciones de igualdad, a la intimidad y libre desarrollo, así como la dignidad humana, con el fin de consolidar una discriminación desde la constitución.

Sin embargo, el constituyente ecuatoriano consagró el principio de prevalencia de aquellos derechos que son desarrollados en mejor forma en normas constitucionales de tratados internacionales. De allí que, el desarrollo de los derechos de familia, libertad, e igualdad y no discriminación realizadas por la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo,

²⁵⁸Corte Constitucional Colombiana, *sentencia C577-2011*, del 11 de enero del 2011, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

²⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 92.

y el Comité de Derechos Humanos, en el caso Toonen, adquieren primacía en nuestro ordenamiento para interpretar progresivamente el matrimonio y evitar una discriminación social.

Entonces, el matrimonio constituye la reivindicación de la igualdad y lucha contra la discriminación y segregación, en un “Estado de Derechos y Justicia”, en donde la dignidad prevalece por sobre cuestiones religiosas, culturales, o de decisión de mayorías.

Dicho argumento ha sido internacionalmente adoptado bajo la condena de la regla “iguales pero separados” por considerarla violatoria a la igualdad y no discriminación; argumento consagrado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, en 1954 en el caso *Brown v. Board of Education*, en la cual se consideró a las leyes que obligaban a que los niños afro americanos estudien en instituciones separadas de los blancos, como transgresoras de la igualdad²⁶⁰. En esta misma línea, en el año 2013, Francia que había concebido un contrato alterno para las uniones homoafectivas (Pacto Civil de Solidaridad), decidió reconocer la libertad de las personas GLBTI de contraer matrimonio, esto en un ejercicio de protección de la igualdad y demás derechos humanos.²⁶¹

²⁶⁰ *Brown vs. Junta Escolar* La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”, Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos – Panamá febrero, 2014, <<http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>>.

²⁶¹ “La Asamblea Nacional aprueba el matrimonio homosexual en Francia”, *El Periódico* –París, 23 de abril, 2007, <<http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/asamblea-nacional-aprueba-matrimonio-homosexual-francia-2371744>>.

3.2.2. Igualdad y matrimonio, una mirada desde la aplicación e interpretación constitucional.-

De lo desarrollado, se demuestra la importancia del principio de igualdad y no discriminación, fundamentalmente la no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género.

En Ecuador, este derecho tiene rango constitucional y ha sido considerado por la Corte Constitucional como “pilar fundamental dentro de un estado constitucional”²⁶², el organismo reiteró que la igualdad y no discriminación es un “pilar sobre el que se asienta la teoría de los derechos constitucionales”²⁶³; así como sostuvo que, el derecho a la igualdad y su cláusula de no discriminación “forma parte del grupo de principios jurídicos reconocidos por todos los Estados como mínimo de protección a los sujetos, presupuesto para la supervivencia de la raza humana, vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional”²⁶⁴.

Entonces, la igualdad y no discriminación, es un derecho con eje transversal, es decir, todas las libertades y derechos constitucionales deben ser garantizados en virtud de dicho principio; en referencia al derecho a la constitución familiar. La Constitución de la República garantiza su desarrollo bajo el principio de igualdad y progresividad, tutelando así, la libre formación de núcleos homoafectivos, e imponiendo un deber de interpretación garantista frente a la definición matrimonial.

²⁶² Corte Constitucional Ecuatoriana, *sentencia No. 002-13-SEP-CC*, 5 de marzo del 2013, pág. 8.

²⁶³ Corte Constitucional Ecuatoriana, *sentencia 117-13-SEP-CC*, 11 de diciembre de 2013, pág. 15.

²⁶⁴ *Ibíd.*

En cuanto al matrimonio, si bien, constitucionalmente no está consagrado cómo un derecho, la restricción de su conformación a parejas homosexuales vulnera el derecho a la constitución de una familia matrimonial en condiciones de libertad e igualdad.

En esta misma línea, cabe subrayar que, tanto la Convención Americana (art. 17) como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) el matrimonio está considerado como derecho humano íntimamente relacionado con la familia; así como el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad, que, como se afirmó anteriormente, prevalecen por sobre principios y reglas constitucionales siempre que garanticen en mayor medida los derechos y dignidad humana. No debemos olvidar que en el derecho internacional de los derechos humanos, la libertad constituye “un derecho”, aspecto que no se puede dejar de tener en cuenta, más aún cuando los derechos consagrados en tratados e instrumentos internacionales son norma constitucional, directamente aplicables en Ecuador.

En tal virtud, al restringir el matrimonio a parejas de la misma orientación sexual, se produce el menoscabo del ejercicio en condición de igualdad de la libertad de acceder al contrato matrimonial; así como se configura una distinción ilegítima de acuerdo a los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N.º 18:

“el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas²⁶⁵.

Dicho lo cual, mantener la restricción sobre el matrimonio es desconocer la prevalencia de derechos constitucionales y la dignidad humana como fundamento del Estado de Derechos, máxime, cuando dicha regla discrimina a las personas por ser ellas mismas, y, consolida un enfoque heteronormativo de conciencia social discriminatoria.

En referencia a lo expuesto, debemos señalar que restringir la celebración de un contrato a las personas, por su orientación sexual, no puede ser concebido como una distinción legítima, pues la legitimidad se produce cuando el objetivo del trato diferenciado es desarrollar en mejor forma derechos y no –como en este caso- para restringirlos o limitarlos²⁶⁶.

Asimismo, la laicidad es un elemento constitutivo del Estado; y, como lo anotamos anteriormente, dicho elemento requiere una visión a confesional en el ejercicio de las funciones públicas, la tutela efectiva e interpretación de derechos y libertades²⁶⁷; razón por la cual, los estados constitucionalmente democráticos, como el ecuatoriano, no pueden vulnerar derechos y libertades de las minorías bajo el argumento de la decisión de las mayorías; debido a que, la característica fundamental de una democracia constitucional es la garantía de los derechos²⁶⁸; y ello implica, entender a los mismos como límites al poder²⁶⁹, pertenecientes a lo que L. Ferrajoli denomina “la esfera de lo que no debe ser decidido”²⁷⁰.

²⁶⁵Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, parr. 7, <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5>.

²⁶⁶ O'Donnell, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 960.

²⁶⁷ Fernández, “Matrimonio y Diversidad Sexual”, 601.

²⁶⁸ Ferrajoli, “La democracia constitucional”, 257.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ *Ibíd.*, 262.

Vinculando de esta forma a todo funcionario público, fundamentalmente al operador de justicia a interpretar la Constitución, garantizando los derechos y libertades, mismos que no pueden ser desconocidos o dejados de aplicar, a pesar que ello implique fallar contra el deseo de las mayorías²⁷¹.

Entonces, es una cuestión de Constitución el reconocimiento de derechos y libertades, en virtud de la dignidad de las personas, pues una norma constitucional “ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos”²⁷² y por tanto no puede ser aplicada o interpretada en forma discriminatoria.

Lo señalado anteriormente, nos lleva a abordar el tema de interpretación y aplicación de la Constitución; por lo cual, es preciso puntualizar que el precepto consagrado en el artículo 67 define al matrimonio como “la unión entre un hombre y una mujer”. Sin embargo, el artículo 11. 5) determina que se debe interpretar los derechos constitucionales en la forma que más favorezca su efectiva vigencia; el numeral 7) del mismo artículo consagra que el reconocimiento de los derechos tanto de la Constitución como de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás que se deriven de la dignidad de las personas; en el numeral 8) se contempla el desarrollo progresivo de los derechos, siendo inconstitucional la regresión de los mismos. De igual forma, el artículo 417 menciona que en materia de tratados internacionales, se aplicará el principio pro ser humano, de no restricción, aplicabilidad directa y de clausula abierta, y finalmente el artículo 424 consagra que los tratados internacionales que reconozcan en mejor manera derechos, prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto de poder público.

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Fernando Rey, *Homosexualidad y Constitución* (Perú: Pontificia Universidad Católica de Perú, s.f.), 7.

Ahora bien, el artículo 67 del texto constitucional define al matrimonio como unión heterosexual; empero, los demás principios y derechos facultan aplicar e interpretar la igualdad y no discriminación, cuya dimensión adquiere prevalencia en el ordenamiento jurídico, bien por ser norma *jus cogens*, o por desarrollar en mejor forma, la libertad frente a la familia y matrimonio. Por ello, dicho principio, debe ser asumido y aplicado por jueces y demás autoridades públicas, a fin de evitar limitaciones al goce efectivo de derechos y libertades constitucionales. Entonces, frente a lo dispuesto en el artículo 67 de la norma suprema, es imperioso aplicar en forma prevalente la cláusula de reemisión en torno a los principios de clausula abierta, progresividad, no restricción, y prevalencia del mejor derecho, de acuerdo a lo manifestado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Comité acerca de la libertad e igualdad en sentido progresivo.

Dicho ejercicio hermenéutico es constitucionalmente posible en virtud de la garantía de la dignidad humana y aplicación del principio de prevalencia del mejor derecho, consagrado en el artículo 424 de la norma suprema.

Entonces, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, debe ser interpretado desde la dignidad, pues dicha libertad radica en el “reconocimiento legal de la íntima relación entre dos personas, una relación entendida por el estado como merecedora de dignidad en la comunidad, igual que todos los otros matrimonios²⁷³.

Así pues, es importante destacar que aún el discurso más restringido en materia de matrimonio, cuando se analiza a la luz de la dignidad humana, da por resultado,

²⁷³ Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12–307. Argued March 27, 2013—Decided June 26, 2013, <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

invariablemente, la aceptación del matrimonio igualitario²⁷⁴. De allí que, el Tribunal Supremo de Justicia de Canadá, referente al tema sostuvo que “en sociedades plurales uno de los principales pilares de la interpretación constitucional canadiense es la idea de la Constitución como un árbol viviente que, que por la vía de la interpretación progresiva, se acomoda y se ocupa de las realidades de la vida moderna”²⁷⁵.

Dicho lo cual, la interpretación constitucional debe garantizar los derechos de igualdad, familia y matrimonio, pues, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar²⁷⁶.

Por tal motivo, si el matrimonio esta constitucionalizado como unión heterosexual, el desarrollo de la dignidad, libertad e igualdad y no discriminación como derechos que prevalecen a la definición restrictiva, dan como resultado la facultad de las parejas del mismo sexo de contraer matrimonio.

²⁷⁴ Cfr. American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana, disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs

²⁷⁵ EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General) 2003, 225 D.L.R. (4th) 472, 2003 BCCA 251; Halpern v. EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.); Hendricks v. Quebec (Attorney General) [2002] R.J.Q. 2506 (Sup. Ct.); Barbeau v. British Columbia 2003 BCCA 251 (Court of Appeal for BC, May 1, 2003).

²⁷⁶ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia Nacional [SCJN], Novena Época, 16 de Agosto de 2010, Par. 275 (Mex.) disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115026> (última visita, 23 de abril de 2014) at Par. 263.

Así, se estaría cumpliendo lo ordenado por el constituyente en torno a la prevalencia y aplicación directa de los derechos que desarrollan en mejor forma la dignidad. Al respecto, Bidart Campos sostiene: “Tanto cuando los tratados sobre derechos humanos resultan supraconstitucionales, como cuando se colocan al mismo nivel de la Constitución, el sistema de derechos adquiere suficiente vigor para ser interpretado de la manera más propicia a su optimización”²⁷⁷. Ello en concordancia con el rango de constitución que el constituyente de Montecristi otorgó a los tratados internacionales de derechos humanos; y en caso de desarrollo progresivo, de prevalencia por sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, incluido el texto constitucional²⁷⁸.

Dicho lo cual, podemos postular que en el caso de la definición de matrimonio, el legislador (cumpliendo con su deber de garantía normativa) o el intérprete constitucional (cumpliendo con el mandato de la norma suprema), están en la obligación de armonizar la Constitución²⁷⁹, aplicando en forma preferente el principio de igualdad y no discriminación con el objetivo de interpretar la norma en forma sistemática. Ello implica “lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”²⁸⁰, otorgando de esta forma a parejas del mismo sexo la libertad de poder acceder al matrimonio civil en igualdad de condiciones.

²⁷⁷ Germán Bidart Campos, “La interpretación de los derechos humanos”. En Nestor Sagües, Humberto Noguera y Carlos Corao editores, *Lecturas constitucionales andinas* 3, (Perú: Comisión Andina de Juristas, 1994), 28.

²⁷⁸ Es preciso indicar, que a más de lo expuesto en el artículo 424 de la Constitución, la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad ha determinado que los Estados no pueden adoptar normativa en detrimento de los derechos convencionales, tal y como se lo expuso en el apartado 3.1 de este capítulo; por tal motivo, Ecuador al ser parte de la Convención Americana debe evitar incumplir la Constitución y dicho tratado internacional.

²⁷⁹ *Ibíd.*, 16.

²⁸⁰ Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3.

Dicho ejercicio hermenéutico, de identificación y protección de los derechos es parte permanente de la obligación judicial de interpretar la Constitución²⁸¹; y, sería empleado a fin de terminar con la discriminación histórica hacia el colectivo GLBTI en materia de familia y matrimonio, teniendo en cuenta que, jurídicamente es posible dicho cambio, en el contexto de Ecuador, que es un “Estado Constitucional de Derechos y justicia”, pues dicho modelo jurídico significa que toda acción del Estado, incluyendo la aplicación e interpretación de la Constitución, deben garantizar, respetar y tutelar derechos; esto en sí mismo es la auténtica razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico²⁸²; tal y como lo afirmó la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América “La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo siempre puede haber parecido natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del matrimonio como derecho y libertad es ahora manifiesta”²⁸³.

Bajo esta postura, y en nuestra realidad constitucional, la definición restrictiva de matrimonio cede frente a la prevalencia del principio de igualdad y no discriminación por la cláusula de remisión. Debe tenerse en cuenta que, los derechos constitucionales están dispuestos a manera de principios, los cuales “son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible”, así como “expresan directamente los valores incorporados al sistema jurídico...”; dichos principios son concretados por reglas²⁸⁴, las cuales en ocasiones pueden excluir el goce efectivo de un derecho (matrimonio, igualdad), y en este caso:

²⁸¹ Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12–307. Argued March 27, 2013—decided June 26, 2013, <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf>.

²⁸² Ramiro Ávila, *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 55.

²⁸³ Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.

²⁸⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Reglas vs. principios*. Para una teoría general de los ilícitos atípicos (s.l; s.f): 43, <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Para_UnaTeoria_General_de_los_Il_citos_At_picos-.pdf>.

Cuando el resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla, la pretensión concluyente y excluyente de las reglas fracasa y lo ordenado o permitido por ellas alcanza sólo un valor *prima facie* que se ve finalmente, una vez consideradas todas las circunstancias, desplazado. Reglas y principios, de esta forma, no constituyen entidades que pertenezcan a mundos separados, sino elementos de una misma realidad: el Derecho considerado en su conjunto, o cada una de las instituciones que lo integran. Así, puede decirse que lo que da sentido a las reglas son los principios que les sirven de justificación²⁸⁵.

Por tal razón, no puede aplicarse e interpretarse un precepto constitucional en forma discriminatoria, ello violaría los principios y su interpretación; por tanto, se debe efectivizar las reglas y demás normas del ordenamiento en un sentido armónico a los principios constitucionales²⁸⁶.

En este punto, es preciso indicar que todos los argumentos hasta aquí desarrollados se encaminan a una interpretación constitucional distinta a la contenida en el artículo 67 del texto; para ello, se ha hecho una lectura integral de los principios constitucionales que permiten una interpretación progresiva a la luz de la libertad, igualdad y dignidad, facultando al juez constitucional, como garante de la Constitución o al parlamento como organismo sujeto al cumplimiento de los derechos constitucionales, a legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Este cambio puede realizarse mediante a) actividad legislativa o judicial, y, b) mediante un procedimiento de reforma constitucional, de enmienda, contemplada en el artículo 441 de la norma suprema²⁸⁷. Este último punto es posible, ya que,

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional* 3ª ed. (Madrid: Civitas, S.A 1985) 95.

²⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 441 “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo

el matrimonio igualitario no altera la estructura fundamental o elementos constitutivos del Estado, así como no restringe derechos, pues los garantiza, y tampoco modifica el procedimiento de reforma constitucional²⁸⁸.

En los dos supuestos, la intervención del Legislativo como de la Corte Constitucional son necesarios, razón por la cual, esta investigación propone una argumentación jurídica para que bien, por hermenéutica, como por reforma constitucional el matrimonio igualitario sea garantizado en virtud de la dignidad humana; aunque, el trabajo investigativo propone que el cambio se realice mediante ejercicio interpretativo judicial.

3.3. Matrimonio igualitario, una lucha por los derechos constitucionales en la justicia ecuatoriana:

En el primer capítulo se desarrolló el contexto histórico de la familia y matrimonio, evidenciando, cómo desde los albores de la historia, la institución matrimonial se convirtió en un vínculo de familias y sociedades, repercutiendo en todas las áreas del desarrollo humano, como la política, arte, cultura y el derecho. Sin embargo, esta institución ha sufrido cambios significativos desde la libertad e igualdad, es así, que se ha derribado paradigmas patriarcales de desigualdad entre hombre y mujer por género o etnia, y hoy por hoy se postula el reto de la identidad sexual y de género.

En tal virtud, desde la década de los años 80 ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo, para actualmente ser 20 los Estados que han

impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

²⁸⁸ *Ibíd.*

reconocido el matrimonio entre parejas homosexuales, cumpliendo el objetivo de garantizar la dignidad y derechos humanos.

En consecuencia, en todos los países han surgido y tomado fuerza movimientos GLBTI que reivindican sus derechos y libertades, de igualdad, familia y matrimonio, razón por la cual, es importante analizar el caso de Pamela Troya y Gabriela Correa, pareja ecuatoriana con igual orientación sexual, que solicitó contraer matrimonio en Ecuador. Debe señalarse que actualmente son 3 las parejas del colectivo que han solicitado matrimonio²⁸⁹. Sin embargo, analizaremos el primer caso, pues el mismo se judicializó y agotó las instancias ordinarias, para actualmente ser conocido por la Corte Constitucional (vía acción extraordinaria de protección), causa que está en trámite desde el 23 de junio de 2014²⁹⁰.

Antes de iniciar con el análisis, de las decisiones judiciales impugnadas, cabe exponer los antecedentes fácticos de la causa. El 5 de agosto del 2013 Pamela y Gabriela acudieron a la oficina del Registro Civil de Quito, a fin de obtener fecha para contraer matrimonio, solicitud que fue negada por los funcionarios de dicho organismo mediante oficio No. 2013-0453-DP-P en el que se negó la petición, argumentando la imposibilidad de parejas homosexuales de contraer matrimonio, al tenor de lo establecido en el artículo 67 de la Constitución y 81 del Código Civil en el que se expone que el matrimonio solo puede ser contraído entre un hombre y mujer²⁹¹.

Por tal motivo, Pamela y Gabriela, presentaron una acción de protección a fin de garantizar sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 11.7 (derecho a la

²⁸⁹ Pamela Troya, activista GLBTI, entrevistada por Alexander Barahona, Quito 8 de octubre, 2014.

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ Ecuador, Unidad judicial especializada tercera de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Quito de la Provincia de Pichincha, *sentencia acción de protección causa No. 17203-2013-20843 - (13/08/2013)*, <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>>.

dignidad), 66.5 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 66.9 (derecho a la libertad y orientación sexual), 66.4 (derecho a la igualdad material y no discriminación), 265 inciso final (derecho al buen vivir), 17.2 (derecho a contraer matrimonio) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Jueza que conoció el caso resolvió la causa en torno a la cuestión de sí en Ecuador, es constitucionalmente posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, y si, en el caso concreto existió vulneración a derechos constitucionales²⁹². Por lo cual, citó la definición del artículo 67 de la Constitución y sostuvo que dicho precepto es una restricción por la que “si el constituyente originario resolvió, que a pesar de la visión garantista constitucional, la institución del matrimonio debe estar reservada para personas heterosexuales no se puede alegar violación a otros derechos”²⁹³. De igual forma, la jueza sustanciadora, sostuvo que la norma constitucional es la autorizada para restringir derechos y cuando lo hace no puede alegarse violación a los mismos²⁹⁴.

Consideró además, que el artículo 67, es una regla constitucional y debe primar por sobre los principios²⁹⁵, así como indicó que la unión de hecho es una institución que puede ser accedida por las personas GLBT, razón por la cual, no existe discriminación o vulneración al libre desarrollo de la personalidad.

Así, la operadora de justicia, determinó que la definición del artículo 67 de la Constitución:

Da cuenta de unos valores morales, cristianos y religiosos, sino cómo se explica la invocación de Dios en el Preámbulo de la Constitución, valores que son propios de una

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ *Ibíd.*

constitución que responde aún, a una cultura conservadora y dominante que se debe ir superando. Sin embargo, no hay constitución sin valores y principios, y estos son de igual jerarquía (Art. 11.6 CRE), por lo tanto, mientras la Constitución los mantenga son parte del ordenamiento jurídico y no se los puede negar, por el contrario deben ser observados y en particular por quienes administramos justicia²⁹⁶

En tal sentido mencionó que: “una jueza constitucional de primer nivel (Art. 166 COGJCC) no puede hacer una interpretación distinta de lo consagrado por la Constitución para disponer su no aplicación, por el contrario, de acuerdo a lo previsto en el Art. 427 de la Constitución de la República del Ecuador obliga a observar su literalidad...”²⁹⁷.

Concluyó la argumentación indicando:

Los Instrumentos Internacionales referidos, hacen expresa referencia al derecho de las personas a constituir una familia y la obligación del Estado a protegerla; sin embargo, dichos Instrumentos Internacionales, no hacen referencia a que el matrimonio debe estar reservado a un hombre y mujer, sino “personas” sin distinción de ningún tipo como: sexo, identidad de género ni orientación sexual ...Sin embargo, éstos mismos Instrumentos disponen que cada Estado Parte, se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y legales la conformación de familia y matrimonio, es decir es la legislación interna del Estado la que dará el alcance respecto del matrimonio”²⁹⁸.

De esta forma la jueza de primera instancia motivó su decisión en cuatro cuestiones a) la voluntad del constituyente respecto a la definición del matrimonio, b) valores cristianos/canónicos de la institución matrimonial, c) el margen de apreciación de los tratados internacionales, y d) la regla como directriz del principio.

En referencia a la voluntad del constituyente, cabe recordar el análisis de las actas de Montecristi, que reflejó el espíritu garantista de la Constitución en torno a la familia y matrimonio, pues su concepción original democrática fue prescindir de elementos

²⁹⁶ Ibíd.

²⁹⁷ Ibíd.

²⁹⁸ Ibíd.

heteronormativos y garantizar la amplitud de dichas instituciones. Empero, como se indicó, mediante un procedimiento poco democrático se reformó dicha consideración consagrando una definición restrictiva. Ahora bien, con fundamento en el principio de progresividad es posible retomar aquel espíritu garantista para tutelar la vigencia de los derechos y la dignidad.

Entonces, la dignidad ocupa un rol fundamental en el ejercicio de la libertad e igualdad de las parejas homosexuales frente al matrimonio, pues la histórica discriminación contra gays y lesbianas visibiliza una realidad en la cual, a las parejas homosexuales no se les atribuye una dignidad inherente, ni se les considera merecedoras del respeto de la humanidad, que sí poseen las relaciones heterosexuales; ello niega a gays y lesbianas la dignidad frente al matrimonio²⁹⁹.

Por tal motivo, en la institución matrimonial, la dignidad se traduce en libertad y autonomía, así pues “la capacidad de elegir casarse refuerza la libertad, la autonomía y la dignidad de una pareja comprometida a vivir la una para la otra”³⁰⁰; razón por la cual, no es en sí mismo el matrimonio lo que otorga a los individuos dignidad, sino la capacidad de elegir casarse. Así lo entendió el Tribunal Constitucional Español al desarrollar la dignidad como autonomía para declarar constitucional el matrimonio igualitario, y alcanzar, en tal virtud, la garantía del libre desarrollo de la personalidad, que implicó asegurar a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, el desarrollo, según su plan de vida, sin restringir en forma alguna el derecho de parejas heterosexuales a contraer matrimonio³⁰¹.

²⁹⁹ Corte Constitucional de Sudáfrica, sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs* de 30 de noviembre de 2004 disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.html>

³⁰⁰ *Ibíd.*

³⁰¹ Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil³⁰².

El constituyente ecuatoriano consagró el derecho a la dignidad y desarrollo de los derechos, mandato que debe ser leído en forma conjunta con el deseo que *prima facie* tuvo el constituyente frente a la familia y matrimonio, para tutelar la celebración matrimonial de las personas en forma igualitaria, e impedir una lectura aislada de la Constitución, lo cual no se observó en el presente caso.

En cuanto a la lectura del matrimonio bajo valores cristianos, es preciso indicar que el constituyente determinó la laicidad como elemento constitutivo del Estado que obliga a jueces y funcionarios públicos a garantizar la aplicación de derechos sin un enfoque religioso, lo cual ha sido claramente inobservado por la jueza sustanciadora, ya que "las garantías de libertad de religión y estado laico previene que concepciones morales religiosas guíen el tratamiento que el estado da a los derechos, como el derecho a la dignidad, el derecho a la

³⁰² *Ibíd.*

libre determinación, el derecho a la intimidad o el derecho a la libertad de orientación sexual.”³⁰³.

Así pues, el desarrollo de la presente cuestión se realizó fundamentalmente en la invocación de valores religiosos mayoritarios, para justificar una discriminación, por lo cual, es importante desvirtuar esta afirmación debido a que, una restricción a los derechos y dignidad humana no puede ser sujeta a decisiones mayoritarias, máxime, cuando se dejaría en manos de mayorías discriminatorias el reconocimiento de la identidad y dignidad de todo un colectivo, ciertamente dicho escenario daría como resultado el retraso de la conquista de la dignidad, igualdad y libertad del ser humano, tal y como lo sostuvo la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América:

Muchos de los que consideran que matrimonio entre personas del mismo sexo es malo, o hayan llegado a esa conclusión basados en premisas religiosas o filosóficas respetables, ni ellos ni sus creencias están menospreciados aquí. Pero, cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley o en política pública requiriendo la posición oficial de un Estado, se configura una exclusión que degrada la libertad³⁰⁴.

En referencia a la cuestión del margen de apreciación, se ha indicado que Ecuador ha manifestado su compromiso internacional para erradicar la discriminación por identidad y orientación sexual, lo cual, evidencia una clara conducta del Estado frente a obligaciones que en materia de derechos humanos se adquirió; por tal motivo, la posición asumida por el Estado así como la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos

³⁰³ Supremo Tribunal Federal [STF], ADI4277, Ação direta de inconstitucionalidade, May 5, 2011 (Brasil). opinión del Magistrado Ayres Brito.

³⁰⁴ Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.

y la prevalencia de derechos e interpretación progresiva, desvirtúa el argumento del margen de apreciación para justificar restricciones a derechos.

Finalmente, la sentencia expuso la cuestión acerca del respeto a una regla constitucional, frente a principios generales y abstractos; por lo cual, cabe resaltar una vez más que las reglas deben guardar coherencia con los principios y el sistema constitucional, y cuando una de ellas contraviene la esencia misma de la Constitución y sus principios debe ser interpretada armónicamente con tales mandatos.

Es así, como se ha desvirtuado cada una de las cuestiones y argumentos empleados por la juez *a quo* frente al deber de garantía de derechos y libertades en torno al matrimonio igualitario.

Posteriormente, las legitimadas activas apelaron dicha decisión judicial, radicándose la competencia en la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, quien observó que en cumplimiento de la Constitución y del Código Civil el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, y por tanto se debe dar fiel observancia a dichos precepto³⁰⁵. Entonces, el tribunal de apelación afirmó que en el artículo 67 de la Constitución, se evidencia un trato diferenciado, por un lado la familia ampliada, la unión de hecho y por otro el matrimonio y la adopción; por lo cual, no cabe hablar de discriminación debido a que:

Si bien los seres humanos deben ser tratados de forma igualitaria en cuanto a los derechos fundamentales, no deben serlo en todo aquello que se vean afectados por las diferencias que naturalmente existen entre ellos ... Por ello, el principio de igualdad desde una perspectiva constitucional se entiende como equivalencia de aptitudes genéricas o igualdad de posibilidades de actuación, de tal modo que los seres humanos son igualmente aptos para gozar de los derechos, pero no proclama que a todos ellos corresponda un

³⁰⁵ Ecuador, Corte provincial de justicia de Pichincha, sala laboral *causa No. 17133-2014-0962, sentencia del 14 de enero, 2014*, <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>>.

ejercicio igual del derecho. No es posible proclamar la igualdad fáctica o real y efectiva, en la que todos los seres humanos tengan un mismo ejercicio de los derechos, pues lo que esto provocaría son situaciones de discriminación, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica³⁰⁶.

Bajo estas consideraciones, se desechó la apelación, por no observar la vulneración a derechos constitucionales. Frente a ello, debemos analizar los argumentos centrales de la decisión *ut supra*, mismos que son: a) la igualdad y no discriminación; y, b) la interpretación de la definición constitucional de matrimonio.

En referencia al desarrollo de la igualdad y no discriminación, es preciso mencionar que el tribunal de apelación en su motivación desnaturalizó el principio de igualdad, debido a que sostuvo que la diferencia de identidad sexual y de género justifica una restricción de derechos, identificándola como distinción legítima, ya que todas las personas al ser diferentes no tenemos la igualdad de goce en derechos. Frente a ello, hay que precisar que todos somos iguales en la capacidad de nuestras diferencias, y precisamente, “Tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza³⁰⁷”, razón por la cual personas GLBT en virtud de una discriminación en sociedades patriarcales con sistemas heteronormativos, luchan por una reivindicación de sus derechos y libertades en igualdad. De allí que las Cortes Internacionales de Derechos Humanos han determinado el deber de los estados de abstenerse y evitar cualquier tipo de discriminación por motivos de orientación sexual, en concordancia con lo expuesto en el texto constitucional del artículo 11, numeral 2.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ Ávila, “Género, derecho y discriminación”, 153.

En referencia al argumento de distinción legítima, es preciso indicar, que la distinción opera como mecanismo para dar eficacia a la dignidad y derechos de personas o colectivos que por sus especiales características no gozaban de una verdadera equidad; sin embargo la distinción siempre será legítima en virtud del desarrollo progresivo y efectivo de los derechos más no para restringirlos, pues en dicho caso, se configura una discriminación. Así lo determino el Tribunal Constitucional Español al afirmar que “Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual...”.

Ahora bien, es preciso interpretar la dignidad como igualdad de las parejas homosexuales frente la restricción de contraer matrimonio, para lo cual, los operadores de justicia deben usar “la dignidad” como instrumento para resolver controversias constitucionales³⁰⁸, y en su desarrollo, utilizar estándares internacionales de derechos humanos, como los expuestos anteriormente (capítulo segundo), que han servido a varios Cortes de diferentes Estados del mundo para reivindicar una justicia social (sección 1.3), pues su lucha por el matrimonio civil es por una igualdad ligada a la necesidad de dar cabida a parejas del mismo sexo en una institución que marcaría un hito en el desarrollo de una cultura igualitaria en dimensiones personales y colectivas.

En cuanto a la interpretación de la definición de matrimonio, es preciso señalar que el tribunal *ad quem*, al considerar que la definición de matrimonio impone una regla en forma aislada, no la desarrolló bajo los principios de interpretación constitucional, desconociendo

³⁰⁸ Cfr. American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana, disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs

así la cláusula de remisión, el principio *pro homine*, progresividad y dignidad humana, para dar una lectura discriminatoria del precepto constitucional. Por tanto, cabe indicar que a más de los principios expuestos, el matrimonio está íntimamente ligado a la libertad, autonomía y familia, tal y como lo expuso la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América en su opinión del 26 de junio de 2015, por la cual declaró constitucional el matrimonio igualitario en todo el territorio Estadounidense, derogando en tal virtud, constituciones y leyes Estatales. Dicha opinión sostuvo que:

“De hecho, entender los cambios del matrimonio, es vital en una nación donde las nuevas dimensiones de la libertad se hacen evidentes a nuevas generaciones; las libertades comienzan en súplicas, protestas, incidencia política y el progreso judicial ... el derecho a la elección personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de la autonomía individual por la cual un individuo tiene el derecho de tomar decisiones acerca de su futuro ... sería contradictorio reconocer el derecho a la privacidad con respecto a asuntos familiares y no con respecto a la decisión de entrar a la relación que constituye una forma familiar en nuestra sociedad”³⁰⁹.

De lo expuesto, se concluye que el caso Ecuatoriano no es aislado, sino un proceso mundial de reivindicación de igualdades y derechos de las personas GLBTI; razón por la cual, la doctrina, jurisprudencia, y normas internacionales de derechos humanos han consolidado una argumentación jurídica en torno a la igualdad de la familia y el matrimonio. El objetivo es evitar que operadores de justicia desarrollen en forma errónea, con argumentos falaces, como los analizados en las decisiones judiciales expuestas, los derechos y la dignidad humana, brindando así a las Cortes (como la ecuatoriana), un cuerpo jurídico garantista de la familia y el matrimonio.

³⁰⁹ Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.

Así pues, esta hermenéutica propone una opción para la jurisdicción constitucional u órgano legislativo que en cumplimiento del garantismo constitucional se atreva a derribar paradigmas heteropatriarcales y heteronormativos, que impiden a las personas expresar libremente su identidad, su desarrollo personal, su deseo de progresar en sociedades democráticas influenciadas por factores discriminatorios, y, que aspiran en el derecho encontrar una respuesta a su lucha y reconocimiento de su dignidad, sin tener que preguntar a esa “gran mayoría” discriminatoria con quién y cómo construir su familia, o peor aún, cuándo, la igualdad se materializara en el Estado de Derechos.

“Todas estas consideraciones llevan a la conclusión que el derecho a contraer matrimonio es un derecho inherente fundamental en la libertad de la persona protegidas en la décimo cuarta enmienda, razón por la cual las parejas del mismo sexo no pueden ser privadas de ese derecho y libertad, La Corte sostiene que las parejas del mismo sexo podrán ejercer el derecho fundamental a contraer matrimonio”.

Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, opinión del 26 de junio del 2015

CONCLUSIONES FINALES

El presente trabajo investigativo desarrolló el deber de garantizar los derechos de igualdad, familia y matrimonio de parejas GLBTI, desde una perspectiva internacional y constitucional; misma que nos permite formular las siguientes conclusiones:

- a) La familia y el matrimonio son instituciones jurídicas en permanente evolución; su regulación legal debe adecuarse a la exigencia social y la garantía de los derechos. El Estado debe reconocer en igualdad y no discriminación las nuevas formas y cambios de la familia y matrimonio, a fin de permitir el libre desarrollo de las personas en sociedades democráticas.
- b) Históricamente, el derecho ha reproducido un enfoque heteropatriarcal de las normas, consolidando de esta forma una cultura heteronormativa que discrimina a las personas por su orientación sexual e identidad de género. Resulta indispensable una reivindicación de la igualdad y dignidad en el sistema normativo, fundamentalmente en torno a la garantía de los derechos humanos de las personas GLBTI como la familia y matrimonio.
- c) La familia como núcleo social debe ser entendida en modo abierto, sin restringir las nuevas formas que en la sociedad se desarrollan; reconociendo aquellas características esenciales que permiten definirla como unión fundada en la convivencia y el establecimiento de lazos afectivos y emocionales; con una distribución del trabajo interno y externo que permiten la subsistencia y desarrollo de sus miembros.

- d) Las parejas GLBTI tienen derecho a formar una familia sin ningún tipo de discriminación. La ciencia y el derecho comparado han demostrado claramente que tanto uniones homo afectivas como familias homo parentales tienen derecho a ser reconocidas y garantizadas.
- e) El matrimonio como institución contractual ha sufrido varios cambios a fin de garantizar en igualdad de condiciones los derechos y obligaciones de sus contrayentes. Dicha institución se fundamenta en la igualdad, capacidad y libertad; más no en la procreación ni en la orientación sexual o identidad de género de los cónyuges.
- f) A nivel internacional son cada vez más los Estados que reconocen y garantizan el acceso al matrimonio, indistintamente de su identidad u orientación sexual. En dicho proceso, fue el operador judicial quien en ejercicio de tutela de los derechos interpretó integralmente las leyes o la Constitución, a fin de permitir el matrimonio igualitario en regímenes jurídicos en los cuales la igualdad es un derecho fundamental.
- g) La familia y el matrimonio, en tanto instituciones dinámicas deben ser reconocidas constitucionalmente en forma amplia a fin de no consagrar una discriminación que descaracterizaría el sentido mismo de una norma que se estableció para garantizar derechos y justicia social.
- h) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por medio de sus instrumentos desarrolla la igualdad, familia y matrimonio en torno a la no discriminación de las personas por su orientación sexual o identidad de género. Dicho desarrollo reconoce

como legítimas las familias GLBTI y a sostener argumentos a fin de que los Estados reconozcan el matrimonio como unión entre dos personas.

- i) Para el DIDH no es admisible la limitación o restricción de derechos o libertades en base a la orientación sexual e identidad de género; máxime cuando los derechos deben ser interpretados progresiva y sistemáticamente en orden a que los Estados cumplan fielmente sus obligaciones internacionales de buena fe.
- j) Existe consenso internacional acerca de la no discriminación por motivos de orientación e identidad sexual, dicho consenso debe asumirse como el deber de tutelar la familia y matrimonio a parejas GLBT, instituciones indispensables para cumplir el proyecto de vida de las personas y asegurar su libre desarrollo.
- k) El constituyente ecuatoriano, otorgó rango de Constitución a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos; y, aquellos tratados que reconocen en mejor forma derechos, los dotó de prevalencia en cuanto a la aplicación e interpretación de los mismos.
- l) Los Estados deben adecuar conforme a los tratados internacionales su normativa interna, a fin de evitar sanciones internacionales y cumplir con su obligación de garante de derechos. En concreto, cuando se interprete tratados de derechos humanos deben hacerlo en forma progresiva cumpliendo con lo dispuesto por los mismos tratados y la Constitución.
- m) La Constitución ecuatoriana del 2008 es garantista, concibe un amplio catálogo de derechos como la igualdad y no discriminación por razones de identidad de género y

orientación sexual, integridad sexual, familia, identidad e intimidad personal, libre desarrollo de la personalidad; así como la obligación de interpretar y aplicar los derechos progresivamente, sin restringirlos, en forma abierta y con énfasis en la dignidad humana.

- n) La familia y la unión de hecho fueron temas debatidos por el constituyente, a los cuales se otorgó amplio reconocimiento y garantía desde la igualdad, hecho que no se aplicó al matrimonio, pues sin existir debate se aprobó una definición restrictiva de derechos a las parejas GLBT.
- o) El matrimonio es la forma jurídica que por excelencia garantiza la familia, se diferencia de la unión de hecho, al ser una institución contractual que brinda garantías de estabilidad e intimidad en el momento mismo de celebración del acto, así como faculta la adopción o la filiación, figuras jurídicas limitadas para parejas GLBTI.
- p) El artículo 67 de la Constitución de la República consagra una definición de matrimonio cuyo efecto produce discriminación y viola el derecho de libertad e igualdad, consagrado en la Constitución y tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Por tal razón, se debe armonizar la Constitución interpretándola sistemáticamente según sus principios, para aplicar en forma prevalente el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación y libre desarrollo de la personalidad en relación a los derechos de familia y matrimonio y así tutelar el derecho de las personas GLBTI de acceder al matrimonio.
- q) El intérprete constitucional, así como el parlamento, deben garantizar la mejor vigencia de los derechos, desde el principio pro homine y el criterio de laicidad, elemento fundamental del Estado que sumado a lo anterior exige respetar y tutelar

desde la dignidad e igualdad, los derechos y libertades constitucionales de las personas sin ningún tipo de discriminación, esto a fin de evitar la segregación y el apareamiento de argumentos jurídicos falaces que la fomenten.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, Kenneth and Duncan, Snidal. *Hard and soft law in international governance*. S.I. International Organization. 2000.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “El derecho internacional de los derechos humanos”.
〈<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>〉.
- American University Washington College of Law, Amicus Curia, presentado ante la Corte Constitucional Colombiana, disponible en
http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=pub_disc_briefs
- Azurmendi, Ana. *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2ª ed. México. Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía, 1998), 61.
- Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. España: Trotta. 2013.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Reglas vs. principios*. Para una teoría general de los ilícitos atípicos. S.I: s.f.
〈http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Para_UnaTeoria_General_de_los_Il_citos_At_picos-.pdf〉.
- Ávila, Ramiro. “Género, derecho y discriminación ¿Una mirada masculina?”. Revista Umbral, 2 (II semestre 2012): 141.
- Ávila, Ramiro. *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Alcance y efectos de la introducción de progresividad en el sistema constitucional tributario ecuatoriano, a partir de la Constitución del 2008*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009.
- Ayala Corao, Carlos. “El derecho de los derechos humanos: La convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”. En Néstor Sagúes, Humberto Noguera y Carlos Carao editores. *Lecturas constitucionales andinas 3*. Perú: Comisión Andina de Juristas, 1994.
- Bayefsky, Anne. “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”. Revista jurídica Human Rights Law Journal. Vol. 11, (Nº 1-2, 1990): 13.
- Bernal Pulido, Carlos. “El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En Caicedo Tapia ed. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

- Bidart Campos, Germán. “La interpretación de los derechos humanos”. En Nestor Sagües, Humberto Noguera y Carlos Corao editores. *Lecturas constitucionales andinas 3*. Perú: Comisión Andina de Juristas. 1994.
- Bimbi, Bruno. “Aportes del debate de la ley de matrimonio para todos y todas”. En *matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*, Fundación Triangulo, s.f: 127. <http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>.
- Blancarte, Roberto. “El porqué de un Estado laico”. En Liendo George comp. *Memorias del Primer Seminario Internacional fomentando el conocimiento de las libertades laicas*. Perú: Universidad mayor de San Marcos. 2008.
- Bobbio, Norberto. “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes”. En Caicedo Tapia ed. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid, España: Instituto Editorial Reus. 1965.
- “Brown vs. Junta Escolar La decisión del Tribunal Supremo que cambió una Nación”. Boletín Informativo de la Embajada de los Estados Unidos – Panamá febrero. 2014. <http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/abvsedb.pdf>.
- Caicedo, Danilo. “Heterosexualidad y heteronormatividad. Análisis discursivo con énfasis en el entorno ecuatoriano”. Revista Umbral, 2 (II semestre 2012):123.
- “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la constitución”. *Foro: Revista de derecho*, 12 (II semestre 2009): 7
- Cañamares Santiago. *El Matrimonio Homosexual en Derecho Español y Comparado*. Madrid, España: IUSTEL 2007.
- Centeno, Rafael. “Los derechos de las personas GLBT en el ámbito familiar ecuatoriano”. Tesis de maestría: Universidad Andina Simón Bolívar. 2006.
- Colmegna, Pablo. “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”. S.I. 2012.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&DocTypeID=5.
- *Caso Müller y Engelhard C. Namibia*. Párr. 6.8. 2002. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/919-2000.html>.
- *Caso Toonen c. Australia*. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>.
- *Observación General No. 19*. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>.

-----*Observación General No. 16.* <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>>.

----- *Caso Balaguer contra España.* 29 de julio de 1994. <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/417-1990.html>>.

----- *Observación General No. 18* <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>>.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. <<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>>.

Constitución de la República de Argentina. <http://www.diputadosalta.gov.ar/images/stories/constitucion_argentina.pdf>.

Constitución de España, <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>.

Constitución de la República de Ecuador, artículo 67. <<http://educacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Constitucion.pdf>>.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 75 y 77. <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf>.

Constitución de la República Federativa de Brasil: artículo 226. <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>>.

Constitución de la República de Paraguay: artículos 49, 50, 51 y 52. <http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm>.

Constitución de la República de Colombia: artículo 42. <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucioncolombia.pdf>>.

Constitución de la República de Chile: artículo 1. <http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf>.

Constitución de la República Oriental de Uruguay: artículo 40. Disponible en. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0058>>.

Constitución de la República de Perú: artículo 4, <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>>.

Constitución de la República Plurinacional de Bolivia: artículos 62 y 63. <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Viena 23 de mayo de 1969, artículo 27. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>>.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. January 27, 1980. <https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf>.

Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C577-2011.* 11 de enero del 2011. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>>.

----- *Sentencia T-594/93*, 15 de diciembre 1993.

----- *Sentencia C-191-98.* <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/a151-12.htm>>.

Corte Constitucional Ecuatoriana, *sentencia No. 002-13-SEP-CC*, 5 de marzo del 2013.

----- *Sentencia* 004-14-SCN-NN publicada el 6 de agosto del 2014.

Corte Constitucional para el periodo de transición. *Sentencia No. 026-12-SIS-CC*. 21 de junio del 2012).

Registro Oficial número 781. 4 de septiembre del 2012, pág. 12. *sentencia* 004-14-SCN-NN publicada el 6 de agosto del 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-4/84. 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.*

----- ***Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.***

----- *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

----- *Caso Aptiz Barbera vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

----- *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 2 de febrero de 2012. <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

----- *Caso González Suárez y otros (Campo Algodonero) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

----- *Sentencia Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

----- *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

----- *Opinión Consultiva No. 10*. 14 de julio de 1989. <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>>.

----- *Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

----- *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

----- *Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*.

-----Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Ficha técnica. <<http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/jurisprudencia/40-resumen/1354-ficha-tecnica-caso-caesar-vs-trinidad-y-tobago>>.

----- *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

----- *Caso Comunidad Indígena Sarayacu vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

----- *Opinión Consultiva No. 16* (1 de octubre de 1999).

- Correas, Óscar. *Crítica de la Ideología Jurídica. Ensayo Sociosemiológico*. México: Universidad Autónoma de México. 1993.
- Diario el Universo. “Iglesia católica no acepta 4 temas de nueva Constitución”. 29 julio 2008. <http://www.eluniverso.com/2008/07/29/0001/8/3E6D6A4304954C31A9818E75FB1F7835.html>.
- Ecuador. Asamblea Constituyente. Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes. En Registro Oficial, Suplemento No. 223. Montecristi, 30 de Noviembre 2007.
- Asamblea Constituyente. *Reglamento de Funcionamiento de las mesas constituyentes*. En Registro Oficial No. 236. Montecristi, 20 de diciembre. 2007.
- Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Asamblea Constituyente. Acta 86. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional. Constituyente: 14-15, http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/busqueda_proleg
- Acta 89. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- Acta 91. Sumario. 15 de julio de 2008. Biblioteca virtual Asamblea Nacional Constituyente.
- Tercera Sala Especializada en lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. Sentencia de apelación causa No. 365-09 <http://www.articulo29.it/wp-content/uploads/2013/09/pichinca.pdf>.
- Unidad judicial especializada tercera de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Quito de la Provincia de Pichincha. Sentencia acción de protección causa No. 17203-2013-20843 - (13/08/2013). <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>.
- Corte provincial de justicia de Pichincha, sala laboral causa No. 17133-2014-0962, sentencia del 14 de enero, 2014, <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>.
- El Vaticano. *Código de Derecho Canónico*. http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM.
- Engels, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, 2ª ed. México: Editores mexicanos Unidos. 1981.
- Ferrajoli, Luigi. “El Principio de Igualdad y la Diferencia de Género”. En Juan Cruz coord. *Debates Constitucionales sobre Derechos Humanos de las Mujeres*. México: Corte Suprema de Justicia.
- “La democracia constitucional”. En Christian Courtis compilador. *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. 2001.
- *La Igualdad y sus garantías*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>.
- Fernández, Mariano. “Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana”. En Roberto Gargarella, coord. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2009.

- Fígari, Carlos. “Per scientiam and justitiam”. En *matrimonio para todas y todos ley de igualdad. Aportes para el debate*. Fundación Triangulo. s.f: 21.
 <<http://www.fundaciontriangulo.org/documentacion/Librosenadores.pdf>>.
- Frías, María Dolores, *Familia y diversidad: hijos de padres homosexuales*. Informe del IV Congreso Virtual de Psiquiatría, Interpsiquis 2003, <<http://www.uv.es/~friasnav/>>.
- García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional* 3ª ed. Madrid : Civitas, S.A. 1985.
- Gavidia, Julio. *Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio*. S.l: s.f.
 <http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/REDC/61/REDC_061_017.pdf>.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*, tomo 1. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- González, Marianne y Óscar, Parra. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (San José, Costa Rica 2008): 156, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf>>.
- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público*. México: Universidad Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer. 2005.
- Huaco, Marco. “Los Dilemas de la aplicación del principio de laicidad en Iberoamérica”. En Liendo George, comp. *Memorias del Primer Seminario Internacional fomentando el conocimiento de las libertades laicas*. Lima, Perú: Universidad mayor de San Marcos. 2008.
- “La Asamblea Nacional aprueba el matrimonio homosexual en Francia”, El Periódico –París, 23 de abril. 2007. <<http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/asamblea-nacional-aprueba-matrimonio-homosexual-francia-2371744>>.
- Masapanta Gallegos Christian “El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 15, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2910/1/T1034-MDE-P%c3%a9rez-El%20control.pdf>>.
- Martínez, Juan Antonio. “Familia y Derecho”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado*. México: Porrúa. 2012.
- Martínez, Germán. “La Familia y su nueva concepción”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado*. México: Porrúa. 2012.
- Montaña Pinto Juan, *Teoría Utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. 2012.

Munive, Manuel y Gerardo García. “Matrimonio entre parejas del mismo sexo en el Distrito Federal y el derecho internacional privado mexicano”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Munive, coord. *El Derecho Internacional Privado*. México: Porrúa. 2012.

Naciones Unidas. Asamblea General. *Resolución A/63/635*.
〈https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf〉.

----- Consejo de Derechos Humanos. *Resolución No. A/HRC/27/L.27/Rev.1*, de 24 de septiembre 2014.
〈http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_27_L27_rev1.pdf〉.

----- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 20*.

O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Tierra firme. 2007.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Orientación sexual e Identidad de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*: 2-3.
〈<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>〉.

Organización de Estados Americanos. *Carta fundacional*,
〈http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm〉.

----- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*,
〈<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>〉.

----- *Convención Americana de Derechos Humanos*.
〈http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm〉.

----- Resolución AG/RES. 2807 (XLIII-O/13). 〈http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf〉.

Pagliari, Arturo. *Fragmentación del derecho internacional aplicación y efectos*. S.l: s.f.
〈<http://www.oas.org/dil/esp/6%20-%20pagliari.127-184.pdf>〉.

Parraguez Luis, *Manual de derecho civil ecuatoriano, Personas y Familia* 1 vol. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. 2005.

Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, presentada el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Principio 24.

Requejo, Paloma. “*Bloque constitucional y comunidades autónomas*”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 22 (1998): 117-122.

Restrepo Carolina, Sandra Sánchez y Catalina Tamayo, *Derecho y Diversidad Sexual*. Colombia: Universidad de Medellín. 2010.

Rey, Fernando, *Homosexualidad y Constitución*. Perú: Pontificia Universidad Católica de Perú. S.f.

Rodríguez, Blanca. Matrimonio, género y familia en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (enero-abril 2001): 70.

Roy, Alain. “Las Parejas de igual sexo en el Derecho Quebequense”. *Revista de Derecho Comparado* (I semestre 2004): 126.

Rivera, Marcela. “El proceso de consolidación del movimiento GLBT en Ecuador”, *La Boletina*, junio, 2006.

Salgado, Judith. *Manual de formación en género y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional. 2013.

Salgado, Judith. “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”. *Revista Aportes Andinos* N° 11. (Octubre 2004):1.

Simposio, “Matrimonio entre parejas del mismo sexo”. *Anuario de Derechos Humanos*, No. 7 (Universidad de Chile, 2011): 78.

Spielmann, Dean. *Allowing the right margin. the european court of human rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of european review?:* 2, http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20%20margin%20of%200appreciation%20cover.pdf.

Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12–307. Argued March 27, 2013—Decided June 26, 2013, http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf.

Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América. Syllabus United States V. Windsor, Executor Of The Estate Of Spyer, Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit No. 12–307. Argued March 27, 2013—Decided June 26, 2013, http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf.

Supremo Tribunal Federal [STF], ADI4277, Ação direta de inconstitucionalidade, May 5, 2011 (Brasil). opinión del Magistrado Ayres Brito.

Tribunal Constitucional Español, *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sentencia caso Handyside vs. Reino Unido*. 7 de diciembre de 1976. Volumen 24 Serie A.

- Sentencia caso *Sunday Times vs. Reino Unido* 26 de abril de 1979. Volumen 30, Serie A.
- Sentencia caso *Dudgeon vs. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, Volumen 45, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos.
- Sentencia caso *X. Y. y Z. contra Reino Unido*. Sentencia de 27 de abril de 1997.
- Sentencia caso *Kerner contra Austria*. Sentencia del 24 de julio de 2003.
- Sentencia caso *Kozak contra Polonia*. Sentencia de 2 de marzo de 2010.
- Sentencia caso *Marckx v Bélgica*. Sentencia de 13 de junio de 1979.
- Sentencia caso *Schalk y Kopf v Austria*. Sentencia de 24 de junio de 2010.
- Sentencia del caso *Rees contra Reino Unido*. Sentencia de 17 de octubre de 1986, párr. 49.
- Sentencia caso *Sheffield y Horsham v Reino Unido*. Sentencia de 30 de julio de 1998.
- Sentencia caso Christine Goodwin v Reino Unido. Sentencia de 11 de julio de 2002.
- Caso *Inze vs. Austria*. Párr. 41. <
- Supreme Court of the United States, case *Obergefell v. Hodges*, Director, Ohio Department of Health. Certiorari to The United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, argued april 28, 2015—decided june 26, 2015. Traducción del autor.
- Tribunal Constitucional Español. *Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012*. Boletín Oficial del Estado Núm. 286, 28 de noviembre de 2012.
- Torres, Alejandro. “El Derecho a Contraer Matrimonio”. En Javier García editor *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005.
- Valpuesta, Rosario. “Protección constitucional de la familia”. Foro: Revista de derecho, 5 (II semestre 2005):2.
- Vargas, Marycarmen. *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, 1ª ed. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2013.
- Vásquez David, *Comparación entre la ley francesa de Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y el proyecto de ley español que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, 2005), 3-5
- Vituro, Paula. “La revolución de Lxs, una aproximación al debate sobre orientación sexual, identidad de género y discriminación”. Anuario de Derechos Humanos. No. 9. (Universidad de Chile, 2013): 49

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. “Prólogo” de Juan Antonio García Amado. Guayaquil: Edilex. 2010.